

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

CAPACITÉ DE CONTRACTER ENTRE ÉPOUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 10 juin 1907, à 2 heures 1/2

PAR

René BEAUNIER

Avocat à la Cour d'appel

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

*Suffragants : { MM. THALLER, professeur.
 TISSIER, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE DES FACULTÉS

A. MICHALON

26, Rue Monsieur-le-Prince, 26

—
1907

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

CAPACITÉ DE CONTRACTER ENTRE ÉPOUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 10 juin 1907, à 2 heures 1/2

PAR

René BEAUNIER

Avocat à la Cour d'appel

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

*Suffragants : { MM. THALLER, professeur.
 TISSIER, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE DES FACULTÉS

A. MICHALON

26, Rue Monsieur-le-Prince, 26

—
1907





Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

S'il est un sujet d'actualité, c'est certainement celui qui va faire l'objet de ce travail : A notre époque les idées du jour sont au féminisme, de toute part on essaie de relever la condition juridique de la femme ; c'est pourquoi nous avons été séduits par ce titre rencontré au cours de nos études : la capacité de contracter entre époux. — Il nous a semblé intéressant, d'autant plus que le Code civil a gardé le silence sur ce point, de nous demander si les époux ont la faculté sous l'empire de notre législation actuelle, de contracter entre eux.

Les contrats entre mari et femme sont de plus en plus imposés par les habitudes, je dirai même par les convenances et leurs intérêts réciproques. Impossibles ou du moins difficilement réalisables dans une législation où la femme resterait à l'écart de la vie domestique, comme l'Orientale confinée au harem, ils n'auraient aucune raison d'exister dans la nôtre si l'idéal trop exagéré de quelques féministes venait

à se réaliser, si par exemple, la femme prenait la place du mari comme le suppose M. Henri Lavedan, le spirituel auteur des *Marionnettes*. Mais ce n'est pas le cas ; en gardant une juste mesure entre ces deux partis extrêmes, sous l'empire des mœurs actuelles, on doit reconnaître aux époux la pleine capacité de contracter entre eux : on a prétendu, je le sais bien, que les résultats ainsi obtenus dérogeaient sur certains points aux principes du Code, la jurisprudence serait arrivée inconsciemment, sous l'influence de nécessités pratiques à reconnaître à la femme des droits que le Code civil lui refuse ; point est notre avis : d'une façon générale on entend par capacité l'aptitude d'une personne à exercer certains droits. Cette aptitude est la règle, elle est exprimée d'une façon fort claire par l'article 1123 du Code civil : « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. » L'incapacité n'est donc qu'une exception et on ne peut admettre celle-ci qu'en vertu d'un texte ; or nulle part dans la loi nous ne rencontrons un texte général déclarant les époux incapables de contracter entre eux. On peut donc dès maintenant laisser entrevoir la solution de la question que nous résoudrons dans le sens de la liberté. Nous n'en examinerons pas moins les controverses nées du souvenir de l'ancien droit français et de l'article 1595 qui a seulement maintenu l'ancienne prohibition en ce qui concerne la vente.

Mais avant d'entrer au cœur de notre sujet nous tenons à faire la remarque suivante : Si nous avons eu la prétention de faire quelque chose de complet sur la capacité de contracter entre époux, il aurait été intéressant de constater dans les principales législations de l'antiquité et des temps modernes, l'apparition successive des contrats à titre gratuit, puis des contrats à titre onéreux. Mais la tâche que nous entreprenons est beaucoup moins vaste ; nous n'avons l'intention de nous occuper que des contrats proprement dits, c'est-à-dire des contrats à titre onéreux : D'ailleurs le Code civil qualifiant d'acte, plutôt que de contrat, la donation si différente des autres conventions en la forme et au fond, nous la laisserons donc en dehors de notre étude : si elle attire incidemment notre attention ce sera seulement lorsqu'il s'agira de la séparer des contrats que nous examinerons ici.

Nous tenons aussi à faire remarquer, dès le début de ce travail, que nous en excluons les contrats que les futurs époux auraient pu passer avant la célébration de leur union, le contrat de mariage en particulier, car à cette époque les parties n'ont pas encore la qualité d'époux.

Nous diviserons donc notre étude en trois grandes parties : Dans la première nous aurons à faire l'histoire de la question que nous étudierons dans les législations antérieures au droit romain, dans le droit

de Rome ensuite, puis dans notre ancien droit français. Dans une deuxième partie, nous aurons à nous demander à un point de vue très général si les époux ont la capacité de contracter entre eux sous l'empire de notre droit actuel ; enfin serrant de plus près, du côté pratique aussi, notre sujet, nous examinerons dans notre troisième partie les contrats qui sont susceptibles d'intervenir le plus fréquemment entre époux dans notre droit français, ainsi que dans certaines législations étrangères. Tel est le plan de ce travail.

PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE

Avant d'aborder l'examen de notre législation actuelle, dans le seul but de nous instruire, il nous a semblé intéressant d'étudier les diverses législations anciennes qui ont tenu une certaine place dans l'histoire ; c'est pourquoi quelques pages consacrées à l'histoire de la question trouveront naturellement leur place dans ce travail. Nous diviserons cette première partie en trois périodes qui feront chacune l'objet d'un chapitre :

CHAPITRE I. — Législations antiques.

— II. — Droit romain.

— III. — Ancien Droit français.

CHAPITRE PREMIER

LÉGISLATIONS ANTIQUES

ÉPOQUE PATRIARCALE. LOI DES HÉBREUX. -- La famille à cette époque remplace l'État, elle est toute puissante ; le patriarche est le seul législateur, le seul juge, le seul prêtre ; son épouse partageait ses honneurs, son autorité, c'est l'associée de tous ses pouvoirs (1).

Dans les lois de Moïse, la femme s'y révèle comme l'égale de l'homme, l'épouse a presque la même autorité sur ses enfants que celle du père de famille.

Au point de vue juridique, de l'examen des textes qui nous restent (2) la femme peut valablement s'obliger par son serment ou son vœu avec l'autorisation de son père ou de son mari. Veuve, elle peut également s'obliger mais sans autorisation.

1. PAUL GIDE, *Et. sur la cond. des femmes.*

2. Nombres XXX, 12, 10.

A cette époque, donc, il faut à la femme mariée l'autorisation de son mari pour s'obliger avec un étranger. De la même manière ne pourrait-elle contracter avec son époux ? telle est la question que nous nous posons et qui semble devoir être résolue par l'affirmative, puisque nous ne trouvons à cette époque aucun texte prononçant une interdiction quelconque en cette matière.

Il nous a semblé intéressant de mentionner, au début de notre étude, cette législation empreinte de douceur où semble avoir puisé notre ancien droit canonique, duquel notre Code civil n'a pas négligé non plus de s'inspirer.

LÉGISLATIONS ASIATIQUES. — Chez les anciens peuples de l'Asie, après que le régime patriarcal eut disparu devant le despotisme de l'État, on voit apparaître la polygamie. La condition de la femme à cette époque est loin d'être enviable. D'après MM. Gide et Esmein dans leurs essais sur la condition privée de la femme : « Si la polygamie, dit M. Gide (1), est la conséquence du despotisme, quels seront les effets de la polygamie ? L'asservissement de la femme, son abaissement, son incapacité légale... tout ce que peut acquérir une femme est acquis à son mari ou à son père, le patrimoine de la femme n'est donc qu'un pécule, son droit qu'une

1. Page 26.

simple jouissance, et elle ne peut évidemment disposer, contracter, s'obliger qu'avec l'autorisation, disons, mieux qu'avec l'ordre ou le concours de son père, de son mari, ou des héritiers de son mari.»

Législation égyptienne. — En Égypte, c'est le monde renversé, la femme est tout à fait indépendante, elle a le titre de Dame de la maison (1). La séparation de biens y trône en maîtresse, l'homme appartient à la femme selon les termes du contrat dotal, où il est souvent stipulé que l'homme obéira à la femme (2). Mais cet état de choses entraîne des abus ; la femme se fait assurer la propriété des biens du mari.

Lois de Thèbes. — Aussi, plus tard voyons-nous, à Thèbes par exemple, l'autorité maritale reprendre le dessus et la femme avoir besoin de l'autorisation du mari pour contracter. Pourtant, semble-t-il, la femme pourra toujours contracter sous l'empire de ces législations avec son mari à titre onéreux, car elle ne tombera pas en tutelle.

Lois de Sparte. — Le caractère dominant de cette législation, c'est l'envahissement des droits de la famille par ceux de l'État. La jeune fille y est élevée à côté du jeune homme, elle lutte avec lui dans l'a-

1. GIRARD-TEULON. *Des orig. du mar. et de la famille*, ch. XI, p. 249.

2. DIODORE, I, 27.

rène. La dot, lorsqu'elle se marie, est prohibée. Sous la période primitive les femmes ne peuvent avoir aucun bien. Plus tard après la guerre du Péloponèse, les femmes commencent à réunir dans leurs mains de grandes richesses (Plutarque, *Vie d'Agis*). A ce moment, elles peuvent sans doute contracter avec leurs époux d'une manière absolue puisqu'elles sont les égales de l'homme. Du reste Plutarque nous rapporte qu'une femme étrangère s'adressant un jour à Gorgone, épouse de Léonidas, s'écriait : « Il n'y a de femmes au monde que vous autres, femmes Lacédémoniennes, car il n'y a que vous qui commandiez à des hommes (1). »

Lois d'Athènes. — Chez les Athéniens, les lois civiles frappaient les femmes d'une incapacité générale et les condamnaient à une minorité perpétuelle, dit M. Gide, les mêmes actes qui étaient interdits à l'homme jusqu'à 18 ans, étaient interdits à la femme pendant toute sa vie. La femme reste au gynécée et doit garder la maison, s'occuper du ménage, obéir à ses parents, à son mari, tandis que l'Athénien est lancé dans le mouvement de la vie publique. La femme ne pouvait ester en justice, il lui fallait un tuteur légal qui était son père ou son mari ou même l'État dans la personne d'un fonctionnaire pu-

1. PLUTARQUE, *Vie de Lycurque*, XXX.

blic (1). D'autre part, le mari est maître de la dot. Il ne doit la restituer qu'à la dissolution du mariage.

Dans de telles conditions, il semble de toute évidence que l'incapacité de contracter entre époux ait été, à part quelques exceptions, la règle générale de ces quasi-civilisations antiques.

1. Voir GIDE ET ESMEIN, *op. cit.*, chap. III, p. 74.

CHAPITRE II

DROIT ROMAIN

Nulle part en droit romain, ni dans les auteurs, ni dans les textes de lois, nous ne rencontrons une solution précise, une idée générale se rattachant à la capacité de contracter entre époux.

Les mœurs romaines avaient bien conçu le véritable caractère du mariage, établi entre les époux cette égalité de droits et de devoirs qui élève l'institution du mariage au-dessus des liaisons durables ou passagères : de la sorte, elles avaient jeté les bases de la famille, seul fondement d'une nation forte et d'un grand peuple. A l'origine tout gravite autour du *pater familias*, tout gravite autour de ce roi domestique (1) qui gouverne sans contrôle et les choses et les personnes placées sous son égide bienfaisante. La *manus*, institution toute romaine,

1. ACCARIAS, t. I, n° 76. MUIRHEAD. *Introd. hist. trad.* BOURCART. sect. 9, note 23.

qui enfermait la femme dans le cercle familial de l'époux, resserrait ces liens avec plus de puissance encore. L'effet de la manus est tout à fait analogue à celui de la puissance paternelle. La femme *in manu* devient l'égale d'une filiafamilias. A cette époque, la femme est selon l'expression latine « *loco filiae* », son patrimoine se confond avec celui du mari, elle est en puissance, en tutelle ; tous les biens qu'elle avait en propre au jour du mariage appartiennent désormais à son mari ; il est donc alors impossible d'envisager des actes juridiques entre les époux ; on ne contracte pas avec soi-même. Du reste les contrats sont impossibles entre le père et le fils, à plus forte raison devaient-ils l'être entre les conjoints. De la sorte les intérêts et les affections des époux étaient les mêmes, la communauté des existences ne pouvait manquer d'y trouver son complément nécessaire.

Mais bientôt les mœurs perdirent cette pureté, les conquêtes, le luxe, la prospérité vont corrompre cet état de choses, le mariage accompagné de manus fut longtemps le cas normal, mais un moment vint où cette forme habituelle du mariage tomba en désuétude, dès lors la femme devenait-elle pour cela capable de contracter avec son mari ? Mariée sans les formalités de la manus, la femme reste dans sa famille naturelle, elle demeure étrangère à la famille de son mari, elle n'est plus filia loco, elle

conserve un patrimoine propre sur lequel le mari n'acquiert aucun droit, aucun pouvoir d'administration. La fin de la République voit s'opérer ce changement, la corruption toujours croissante des mœurs fit disparaître la manus peu à peu ; à l'époque classique il n'en est plus question. Dès lors, les actes de la vie juridique furent rendus possibles entre époux, la femme peut contracter avec son mari et s'obliger envers lui sous certaines conditions. Lorsqu'elle n'était pas sui juris elle tombait en effet sous la tutelle de ses agnats et avec l'auctoritas de ses tuteurs, elle pouvait contracter avec des étrangers (1), il semble donc de toute évidence que dans les mêmes conditions elle pût contracter avec son mari. Avec la disparition de la manus, l'union conjugale avait perdu cette communauté de droits, d'intérêts, d'affections, qui, sans que la femme fût l'égale de l'homme, l'avait du moins associée à son existence.

Telle était la législation romaine sous l'empire des mariages avec et sans manus. La liberté que nous venons de voir apparaître ne tarda pas à engendrer des abus à l'époque classique et dans le dernier état du droit. Le mariage devint par la fréquence des divorces une sorte d'habitude qui se renouvelait tous les ans : Cicéron, l'homme austère, répudia sa femme Térentia après trente ans de

1. GAIUS, I, paragr. 192. ULPEN, XI, paragr. 27.

mariage pour épouser une jeune fille qui paiera ses dettes. C'est l'époque où l'on disait des Romains qu'ils commandaient à toutes les nations, mais qu'ils obéissaient à leurs femmes (1). Il fallait réagir : c'est ainsi qu'Auguste défend aux femmes de cautionner leurs maris (2). C'est aussi la prohibition des donations entre mari et femme (Ulpien, L. 2. *De donationibus inter virum et uxorem*. L. 24, titre I). Désormais tout contrat était permis entre époux à moins qu'il ne cachât entre eux une libéralité déguisée.

D'un autre côté la constitution de dot se généralise, sa restitution devient obligatoire, même sans stipulation ; pour éviter toute donation irréfléchie, il devint donc nécessaire d'empêcher aussi les contrats masquant une remise prématurée de la dot qui auraient pu intervenir entre les deux époux.

Quoi qu'il en fût, à part ces deux cas : interdiction des contrats masquant une libéralité ou une remise prématurée de la dot, l'on peut dire que les époux avaient la faculté, la possibilité de contracter entre eux dans le dernier stade du droit romain.

De nombreux textes l'établissent d'une manière absolue pour les contrats les plus importants. Sans

1. V. MARQUARDT. *Vie privée des Romains* (trad. HENRY), t. I, p. 80 et suiv.

2. 2. pr. Dig., *ad Senat. Vell.* XVI, t. I.

parler des donations qui, d'abord impossibles sous l'empire des mariages avec manus, furent permises ensuite avec les unions sans manus ; qui, prohibées plus tard pour empêcher des libéralités arrachées par la passion, furent permises de nouveau, mais avec faculté de révocation ; sans parler, dis-je, des donations que j'ai écartées de ce travail, nous avons de nombreux textes consacrant, entre époux, la validité de la plupart des contrats. Tels sont : *pour la vente* les énonciations de la loi romaine (L. 12, au Digeste, L. XIX, t. V.) ou encore (L. VII, § 6, *De donationibus inter virum et uxorem*) : *apparet venditionem inter virum et uxorem bona fide gestam non retrahenti.*

Pour le louage : la loi 32 *de donat. inter virum et uxorem* nous permet d'appliquer les mêmes règles que pour la vente : « Si vir uxori donationis causa rem vilius locaverit locatio nulla est... quia locatio sine mercede certa contrahi non potest.

Pour la société : On peut invoquer avec Ihering la loi XVI, § 3 (au Dig. 34, I) (1).

Pour le mandat : aucun doute ne nous est permis après la lecture de la loi 9, § III, *de jure dotium* (XXIII, 3).

1. IHERING. II, 1^{re} partie, t. 2, ch. III, p. 203. BARNABÉ, BRISSON et BOUILLÉ en France aux xvi^e et xviii^e siècles ont vu dans ce texte une origine de notre régime matrimonial de la communauté.

Il en est de même pour le *mutuum* et le *gage*, tous deux contrats permis entre époux (L. 28, §. 13. au Digeste, L. 34. t. 4). (Loi 7, § 6 au Digeste, L. 24. t. I).

Tels sont à titre d'exemple les textes qui nous permettent d'établir la liberté pour les époux de contracter ensemble. Il y en a d'autres; qu'il nous suffise de dire que pour la validité de ces contrats la bonne foi était exigée. Il fallait en outre que le contrat n'eût pas pour but d'éluder les prescriptions relatives aux donations entre époux, mais la simulation n'était pas présumée et la loi voulait même qu'on se montrât à cet égard confiant et facile: « Non amare, nec tanquam inter infestos jus prohibitæ donationis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu et solam inopiam timentes (L. 28, § 2).

On le voit donc, en droit romain rien de général se rapportant à la capacité de contracter entre époux. Malgré cela, quelques textes particuliers, l'état des mœurs, et l'étude des institutions, nous permettent de conclure qu'à l'époque classique et dans le dernier état du droit, les conjoints étaient capables de contracter entre eux.

CHAPITRE III

Ancien Droit français.

Après avoir montré ce qui existait à Rome et dans les nations antiques nous devons examiner maintenant ce que sont devenus dans notre ancien droit les principes posés par les législations précédentes.

Pays de droit écrit. — Dans les pays de droit écrit, on y suit la législation de Justinien : « Ces
« pays, nous dit M. Troplong, ne tenaient pas abso-
« lument à l'irréformabilité des contrats de mariage,
« de plus ils donnaient aux époux la capacité de
« contracter entre eux, enfin ils leur permettaient
« de se faire des donations, pourvu que ces dona-
« tions fussent confirmées par la mort du donateur
« sans repentir (1). » Cet état de choses dura assez longtemps, mais le voisinage des pays de coutumes qui avaient leurs règles propres, comme nous le verrons dans la suite, commença à ébranler cette situa-

1. TROPLONG, *Contrat de mariage*, t. I, n° 206.

tion acquise depuis de longs siècles ; l'influence des ordonnances royales eut raison aussi des derniers vestiges du droit romain, à noter aussi la société d'acquêts qui à Bordeaux, pénètre dans le régime dotal ; tout cela contribua à faire admettre, sinon l'impossibilité formelle pour les époux de contracter ensemble, du moins à faire valoir que la femme doit à raison de sa faiblesse obtenir l'autorisation de son mari pour contracter.

Pays du Nord. Droit germanique. — Dans le Nord au contraire, dans les pays de droit germanique par exemple, existe le mundium ; la femme est en tutelle perpétuelle, tutelle qui appartient au mari pendant le mariage, nous lisons à cet effet dans la loi des Burgondes : « Quæcumque mulier Burgundia vel
« Romana voluntate sua ad maritum ambulaverit,
« jubemus ut maritus ipse de facultate ipsius mulie-
« ris sicut in eam habeat potestatem, ita et de rebus
« suis habeat (1). » Malgré ce mundium, les donations sont permises entre époux tout au moins au mari envers sa femme ; la femme peut aussi acquérir, être propriétaire, mais semble ne pouvoir faire de donations à son mari à raison même de sa situation subordonnée : « puisque la femme, dit M. de
« Laboulaye, était une mineure, pourquoi eût-on
« fait une exception aux principes généraux en faveur

1. Add. ad leg. Burgund., t. XIII.

« du mari qui, plus que personne, pouvait abuser de
« sa position, pour contraindre la femme à une
« libéralité forcée (1). »

Quoi qu'il en soit, on ne trouve pas de texte interdisant d'une façon générale les donations entre époux. Si celles-ci ne leur sont pas défendues, les contrats à titre onéreux doivent également leur être permis, mais les époux n'usent pas de ce droit, les contrats sont assez rudimentaires à cette époque, ces peuples barbares avaient pour principal souci la guerre, leur ignorance, leur pauvreté ne devaient guère leur permettre de tels actes juridiques. En résumé nous n'avons rien trouvé de spécial chez ces peuples de guerriers.

Pays de coutume. — Dans les pays de coutume il semble à peu près certain que les époux aient pu se faire donation jusqu'au xii^e siècle. On y suivit en effet les habitudes des envahisseurs. Ainsi au xii^e siècle, en Anjou, nous voyons les donations permises *inter conjuges*. De là à admettre que les époux aient pu contracter entre eux, il n'y a qu'un pas ; mais, du jour où l'on s'habitua à conserver les biens dans la famille, c'est-à-dire sous le régime féodal, le principe opposé apparut, les donations furent interdites entre époux. A ce moment la situation de la femme se relève, l'influence de l'Église se fait sentir, on

1. DE LABOULAYE, *Cond. civ. et polit. des femmes*, chap. IV.

cherche alors des entraves nécessaires à empêcher les entraînements dont elle pourrait être la cause ou la victime. (En ce sens Bouteillier dans sa *Somme rurale*). Les *Établissements de saint Louis* craignent l'abus que le mari pourrait faire de son autorité : « Dame ne peut rien donner à son seigneur en « aumosne, car elle ne l'aurait pas fet en sa bone « volente ain li aurait donné pour ce qu'il ne li en « fist pis ou par le grand amor que ele aurait doné « à luy (1). »

Tels sont donc les motifs qui nous font dire que les époux étaient à ce moment incapables de contracter entre eux aussi bien à titre onéreux qu'à titre gratuit.

Examen des différentes coutumes. — Si nous examinons les différentes coutumes, nous verrons qu'il existe entre elles sur la capacité de contracter entre mari et femme beaucoup de variétés ainsi que nous le dit Pothier (2). Mais, dans l'ensemble, leur esprit général est de restreindre le plus possible les donations et les contrats à titre onéreux entre époux.

NORMANDIE. — La coutume de Normandie portait : « Gens mariés ne se peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou confessions par lesquels les biens

1. *Établissements de saint Louis*, I 114.

2. POTHIER, *Traité des donat. entre mari et femme*, n° 7.

de l'un viennent à l'autre en tout ou en partie directement ou indirectement (1). »

BOURBONNAIS. — L'article 226, chapitre X de la coutume du Bourbonnais n'était pas moins formel : « Le mari ne peut durant le mariage faire aucune association, donation, ou autre contrat avec sa femme (2). »

NIVERNAIS. — Si l'on reproduit aussi l'article 27, chapitre 23, de la coutume du Nivernais « gens mariés, constant leur mariage, ne peuvent contracter au profit l'un ce l'autre » (3), nous aurons une preuve de plus que cette époque vit apparaître et se fortifier le principe opposé au droit romain, à savoir que les époux sont tout à fait incapables de contracter entre eux.

Du reste, Pothier (4) l'a explicitement démontré en appliquant « la règle même aux coutumes qui ne s'en sont pas expliquées », c'est aussi l'opinion de Fouillier qui nous dit que sous l'ancienne législation les coutumes avaient tellement étendu et l'on avait interprété avec tant de rigueur les prohibitions faites aux époux de se donner l'un à l'autre pendant le mariage, que la seule crainte qu'on n'éludât cette

1. Cout. de Normandie, art. 412, chap. XV.

2. Cout. de Bourbonnais, art., 226, chp. X.

3. Cout. de Nivernais, art. 27, ch. 23.

4. POTHIER, *op. cit.*, n° 114 *in fine*.

prohibition en couvrant quelque avantage indirect sous le voile d'un autre contrat, avait fait défendre entre les conjoints toute espèce de convention ou de contrat d'où l'un d'eux pût tirer quelque profit. Ainsi toute vente, tout échange, toute association entre conjoints, en un mot tout traité, étaient nuls (1). »

En résumé, nous le répétons, tout contrat aussi bien à titre gratuit qu'à titre onéreux semble être interdit entre époux jusqu'au xv^e siècle, on veut que les biens restent dans la famille.

XVI^e siècle. Rénovation du droit romain. — Mais à partir du xvi^e siècle avec la rénovation et la renaissance du droit romain certains auteurs admettent quelques tempéraments, quelques exceptions à la règle générale formulée antérieurement ; Gui Coquille dans son commentaire de la coutume du Nivernais, d'Argentré dans son commentaire de la coutume de Bretagne (2), Dumoulin dans son commentaire de la coutume de Paris (3) expliquent que l'incapacité de contracter entre époux a pour but d'empêcher les biens de famille de passer d'une famille dans une autre, mais sous certaines limites, la nullité des contrats entre époux n'atteint que les contrats par

1. TOUILLIER, *Le dr. civ. franç. suiv. l'ordre du Code*, t. XII, n° 41, p. 61.

2. Sur l'article 221 de la coutume de Bretagne.

3. Sur l'article 155 de la coutume de Paris.

lesquels ceux-ci se transporteraient quelque chose de leurs biens. Pothier nous le dit très explicitement (1). Dès l'époque de D'Argentré rien n'empêche en cas de saisie un époux de se porter adjudicataire d'un immeuble appartenant à son conjoint.

Enfin certaines coutumes créent même des exceptions aux règles qu'elles avaient d'abord formulées. Ainsi la coutume de Normandie revient à plus de clémence et Basnage dit en parlant de cette coutume : « La coutume avait parlé trop généralement
« en l'article précédent (art. 410 cité pl. haut) lorsqu'elle avait défendu aux gens mariés de faire
« aucuns contrats entre eux par lesquels les biens
« de l'un viennent à l'autre, car l'on pouvait induire
« de cette disposition générale qu'un mari n'aurait
« pu bailler de ses biens à sa femme pour le emploi
« de ses héritages qu'il aurait aliénés, mais elle n'avait intention que de défendre les contrats qui
« seraient faits en fraude et pour se faire avantage
« l'un à l'autre, et c'est pourquoi dans cet article 411
« elle apporte cette exception, que si le mari a aliéné
« l'héritage de sa femme, il peut lui transférer du
« sien pour récompense, pourvu que ce soit sans
« fraude et sans déguisement (2). »

Revenant encore sur les exceptions admises plus

1. POTHIER. *Donat, entre mari et femme*, n° 78.

2. BASNAGE. *Comment. sur l'article 411*, t. II.

tard dans les coutumes, nous citerons à titre documentaire la coutume de Bourgogne, celle-ci est remarquable par son originalité, elle va plus loin que les autres, et permet les contrats entre éponx s'ils sont autorisés par leurs héritiers présomptifs. « Le mari et la femme ne peuvent faire traité, donation, concession ou autres contrats constant leur mariage, par testament, ne ordonnance de dernière volonté, ne autrement, au profit l'un de l'autre si ce n'est du consentement de leurs plus prochains parents vivants qui devraient succéder au mari ou à la femme, qui feraient lesdits traités, donations ou contrats ; supposé que lesdits contrats ayant été valle par serment, ne autrement par traité de mariage, il n'était entre eux convenu (1).

A titre d'exemple encore, la coutume de Ponthieu (art. 47) qui déclare : « Deux conjoints se peuvent obliger l'un pour l'autre, pourvu que la femme le fasse par l'autorité du mari. »

Enfin la coutume de Paris exige qu'il y ait nécessité de contracter, la cause de l'acquisition étant connue et tout soupçon de donation écarté. C'est à cela que Dumoulin fait allusion dans les mots *nisi ex necessitate*, que nous lisons dans son *Commentaire de la coutume de Paris* (art. 156, n° 5) : « Nullum ergo

1. No uv. cout. de Bourgogne, art. 26.

contractum etiam reciprocum facere potest, nisi ex necessitate. »

Dans les derniers temps du droit coutumier, la prohibition des contrats entre époux s'effrite de plus en plus et Lebrun semble lui-même avoir oublié le principe (1) : « Il y a des cas, dit-il, où la femme peut contracter avec son mari » et il ajoute plus loin : « Rien n'empêche qu'un mari et une femme séparés contractent l'un avec l'autre, pourvu qu'ils ne se donnent ni directement, ni indirectement. »

En résumé comme le droit romain, mais pour des motifs différents, le droit coutumier avait d'abord admis l'incapacité générale de contracter entre époux, mais il arriva peu à peu à la liberté complète que nous allons retrouver dans le droit de la Révolution.

Droit intermédiaire. — Nous n'insisterons pas sur cette période agitée qui s'écoule de 1789 à 1804, les rédacteurs du Code n'y ont pas puisé. A citer seulement l'article 14 du décret du 17 nivôse, an II, qui proclame la liberté pour les époux de disposer au profit l'un de l'autre : D'où nous tirerons cette conséquence que les conjoints étaient pleinement capables de contracter à titre onéreux. En effet à la séance du 23 fructidor an II (24 août), Cambacérès propose de donner aux époux un droit égal pour l'administration de leurs biens ; Danton, Camille

1. *Traité de la communauté*, l. II, ch. I, n° 36.

Desmoulins protestent contre la puissance maritale « création des gouvernements despotiques ». En somme tendance sous cette période à reconnaître l'égalité juridique des deux époux, la capacité entière de la femme, et la possibilité pour ces deux mêmes conjoints de contracter ensemble.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

Telle est rapidement esquissée l'histoire du sujet que nous avons choisi. Quel pas le Code civil, la doctrine et la jurisprudence lui ont-ils fait parcourir jusqu'à nos jours ? Tel est l'objet principal de notre étude. Disons tout de suite que le Code n'a pas suivi le principe libéral qu'avait posé la Révolution ; voire même les nouvelles coutumes et les auteurs du XVIII^e siècle, nulle part il n'a formulé de règle générale sur cette matière. Aussi des controverses sont-elles nées sur la question de savoir si les époux peuvent actuellement contracter ensemble. Nous inspirant du Code et des auteurs, il nous faudra donc opérer à l'aide de déductions. Ce sera là l'objet du chapitre I de notre deuxième partie : où nous nous demanderons si les époux ont la capacité de contracter entre eux. Cette question résolue, nous

examinerons dans un deuxième chapitre à quelles conditions ces contrats seront valables. Enfin dans un troisième chapitre, il nous restera à parler de l'effet des conventions et des voies d'exécution entre époux.

Telles sont les différentes questions auxquelles nous nous proposons de répondre dans cette deuxième partie.

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS SUR LA CAPACITÉ DE CONTRACTER ENTRE ÉPOUX. — PRINCIPAUX SYSTÈMES

Les contrats à titre onéreux sont-ils permis entre époux sous l'empire de notre législation actuelle. —

Le motif principal que notre ancien droit avait fait prévaloir, pour interdire aux époux de contracter entre eux à titre onéreux, était, nous l'avons déjà dit, qu'il prohibait les donations entre gens mariés, par souci de conserver les biens dans la famille. « On a considéré, disait Ferrières, que l'État ne se peut mieux maintenir que par ce moyen ; autrement les conjoints par mariage qui n'auraient point d'enfants se donneraient tous leurs biens l'un à l'autre et feraient passer des successions opulentes dans des familles étrangères (1). »

Actuellement ce motif a disparu : la législation intermédiaire dans sa réaction contre les anciens

1. Sur l'art. 282 de la Cout. de Paris.

principes se montra très favorable aux donations entre époux (L. du 17 nivôse an II, art. 14). Les rédacteurs du Code civil l'ont suivie. Celui-ci dispose en effet dans l'article 1096 : « Toutes donations faites entre époux pendant le mariage quoique qualifiées entre vifs seront toujours révocables... » C'est donc le système de la liberté qui l'a emporté sur l'esprit traditionnel de notre ancien droit. Le Code permet aux époux de se faire pendant le mariage de véritables donations entre vifs, il répudie avec raison la rigueur du droit coutumier en se rapprochant de la théorie romaine ; tout en s'en séparant néanmoins à un point de vue essentiel. Le droit romain voulait que le donateur fût mort et eût persévéré pendant toute sa vie dans la volonté de donner ; le Code civil déclare au contraire la donation valable, mais la fait naître avec la faculté révocable.

Dès lors, puisque le motif de l'ancienne prohibition est disparu, pourquoi les époux n'auraient-ils pas la faculté de contracter entre eux à titre onéreux ?

Motifs qui pourraient encore être invoqués pour prohiber des contrats entre époux. — Il est vrai que de nos jours même l'on peut trouver encore certains motifs qui pourraient rendre dangereux, entre les époux, les contrats à titre onéreux, susceptibles de conférer à l'un d'eux un avantage.

PREMIER MOTIF. — Le législateur en autorisant dans l'article 1096 les donations entre époux pendant

le mariage pouvait craindre que celles-ci ne fussent pas l'expression de la libre volonté du donateur, mais il a prévenu ce danger en déclarant ces donations essentiellement révocables : Dans l'exposé des motifs : « On ne pourra plus douter, nous dit Bigot de Préameneu, que les donations ne soient l'effet d'un consentement libre, et qu'il ne faut les attribuer ni à la subordination, ni à une affection momentanée ou inconsidérée, quand la femme n'aura besoin pour cette révocation d'aucune autorisation, quand pour rendre cette révocation plus libre encore et pour qu'on ne puisse argumenter de l'indivisibilité des dispositions du même acte, il est réglé que les époux ne pourront pendant le mariage se faire par un seul et même acte aucune donation mutuelle et réciproque (1). »

Mais si les époux voulant échapper aux lois qui les régissent au point de vue des donations, se font une libéralité sous les apparences d'un contrat à titre onéreux, en ayant uniquement pour but la libéralité ; c'est là ce qu'on est convenu d'appeler une donation déguisée ; d'après l'article 1099 une telle convention est nulle. Or, supposons qu'un certain temps se passe, la preuve de ce déguisement deviendra très difficile à fournir, impossible si le temps est considérable ; que conclure de là, si ce

1. LOCRÉ, t. XI, p. 421, n° 88.

n'est que la faculté de révocation que la loi tient à conserver par-dessus tout puisqu'elle en fait la principale condition de la non-prohibition des donations entre époux, que conclure donc si ce n'est que cette faculté de révocation est complètement supprimée dans l'hypothèse que nous venons d'envisager. Ne serait-ce pas, nous nous contentons de poser cette question, un motif se suffisant à lui-même pour rétablir l'ancienne incapacité de contracter entre gens mariés ?

DEUXIÈME MOTIF. — Toujours en s'inspirant des donations entre époux, un deuxième motif pour prohiber les contrats entre ces mêmes personnes pourrait, à notre avis, être invoqué encore en raisonnant sur les articles du Code qui traitent de la quotité disponible entre gens mariés (V. art. 1094-1098). Nous savons en effet que les époux ne peuvent se faire donation entre vifs et durant le mariage qu'à la condition que celles-ci ne dépassent pas une certaine quotité disponible et fixée par les articles précédemment cités. « L'époux, est, certes, digne de faveurs, non seulement en raison des sentiments d'affection, de dévouement et de reconnaissance dont le mariage est la source ; mais encore en raison de l'obligation naturelle de secours qui existait entre époux durant le mariage ; c'est donc pour l'époux prémourant une véritable dette que d'assurer à son époux survivant les mêmes conditions d'existence qu'il avait eues

pendant leur union, aussi le législateur devait-il étendre à ce point de vue en faveur du conjoint le disponible ordinaire en stipulant toutefois la réduction ou la nullité lorsque les donations faites au conjoint auraient dépassé la quotité fixée. »

Si l'on admet la possibilité des contrats entre époux, rien n'empêchera, dit-on, les gens mariés de se faire des donations par ce moyen au delà de la quotité disponible; ils useront, certes, de cette faculté, si l'on ne peut prouver le fait du déguisement et par suite établir la nullité de la donation déguisée, on peut craindre comme précédemment d'être dans l'absolue impossibilité de réduire ces donations cachées sous un contrat à titre onéreux.

Tel est un nouvel argument qui pourrait être, ce nous semble, invoqué encore pour maintenir l'ancienne prohibition de contracter entre époux et agir de son poids pour satisfaire ceux qui seraient tentés de soutenir cette doctrine.

Tout en nous réservant de revenir dans le cours de cette étude sur les deux motifs que nous venons d'exposer qu'il nous soit permis de dire que ces arguments ne valent pas l'ancien motif qui autorisait à prohiber les contrats entre époux; qu'en vertu du brocard: « *Fraus omnia corrumpit* » là où il y a fraude, il n'y a rien, il ne sera pas difficile aux intéressés de faire annuler un prétendu contrat qui ne sera passé entre époux que pour tourner la loi, que pour conférer

à l'un d'eux une libéralité prohibée par celle-ci. Disons donc qu'à notre avis ces motifs qui pourraient être allégués n'ont aucune valeur et qu'ils ne peuvent valoir que comme conditions de la validité d'un contrat entre époux. A ce titre nous les retrouverons sous peu.

D'après ce que nous venons d'examiner, puisque le motif de l'ancienne prohibition de contracter entre époux, à savoir l'interdiction des donations n'existe plus dans notre droit actuel, qui, au contraire, les permet formellement ainsi qu'il résulte de l'article 1096 du Code civil et que des motifs faibles peuvent seuls être allégués pour interdire encore les contrats entre conjoints, que d'autre part nous ne trouvons dans le Code civil aucun article qui les défende d'une façon formelle, nous pourrions dire avec l'adage, tout ce qui n'est pas défendu est permis, et conclure déjà à la pleine capacité civile des époux de contracter ensemble à titre onéreux. Avant de résoudre aussi rapidement la question, nous voulons nous demander d'abord s'il n'existe pas des raisons sérieuses de douter en présence du mutisme de notre Code civil. C'est pourquoi nous voici amenés, à l'appui de thèses déjà soutenues, à envisager les différents systèmes qui sont nés sur la question de savoir si les contrats à titre onéreux sont permis ou défendus entre époux.

La raison de douter offre ici de sérieux arguments :

Les époux, les deux parties en notre matière, se trouvent en effet dans une situation exceptionnelle : liés dans de mutuels intérêts, dans une affection commune pour une vie entière, dans une union presque indissoluble, peut-on leur appliquer la loi générale qui déclare les conventions libres entre les parties (art. 1123). Le Code les y soumet-il ? Ou bien édicte-t-il vis-à-vis d'eux des prohibitions, qui, bien que contenues dans certains de ses articles, doivent faire appliquer à leur égard une règle générale totalement prohibitive ? Telle est la question. Nous ne trouvons rien dans le Code, sauf en ce qui concerne la vente (art. 1595), qui interdit ce contrat entre époux. Nous aurons d'ailleurs l'occasion d'y revenir dans notre troisième partie. Qu'il nous suffise pour l'instant de répéter que ce silence a fait naître une controverse dont nous nous devons d'exposer les principaux systèmes.

PRINCIPAUX SYSTÈMES NÉS DU SILENCE DU CODE SUR
LE POINT DE SAVOIR SI LES ÉPOUX PEUVENT, A TITRE
ONÉREUX, CONTRACTER ENSEMBLE.

Premier système. — *Les époux ne peuvent en principe contracter entre eux à titre onéreux.* — *Principaux arguments.* — *Tradition.* — Dans un premier système on soutient que les conjoints ne peuvent en principe contracter à titre onéreux entre eux, ils n'en

ont la capacité que lorsqu'un texte spécial leur en donne l'autorisation. Voilà les principaux arguments sur lesquels se basent les partisans de cette doctrine : Ils invoquent en premier lieu la tradition, le Code, disent-ils, ne s'est-il pas inspiré des anciennes coutumes, où il était dit que les gens mariés ne pouvaient contracter ensemble ? A chaque pas dans le Code civil l'on rencontre l'influence de l'ancien droit, pourquoi n'en serait-il pas de même en cette matière ? Nous réfuterons en quelques mots cette prétention.

Réfutation. — Dans le droit coutumier, on avait en effet interdit les contrats entre époux, du moins dans une certaine mesure, mais nous avons déjà vu quel en était le motif : interdiction des donations entre conjoints. Puisque le seul motif de la prohibition de contracter entre époux a aujourd'hui disparu, les donations étant permises, les partisans de la doctrine présente s'appuient donc là sur une base mal assise et cet argument est sans valeur.

Inexpérience et faiblesse de la femme. — Le deuxième argument invoqué est d'essence purement philosophique : » Mulier est subjecta viro ; dit Menochius (De proesumpt. 3.22) et propterea, cum ipsi viro exhibere debeat reverentiam, conservisse dicitur, ut magis placeat viro. » N'est-il pas à craindre en effet qu'abusant de la faiblesse, de l'inexpérience, de la timidité de sa femme le mari ne pense en passant contrat avec elle qu'à ses intérêts personnels, chez lui force

et intimidation, suprématie physique et intellectuelle ; chez la femme, au contraire, renoncement, faiblesse, timidité, obéissance ; ici habitude des questions d'argent ; là, éloignement des affaires. Le législateur a-t-il osé croire à une efficace défense des intérêts de l'épouse dominée et absorbée ? Au point de vue juridique, ajoutent nos contradicteurs, si les contrats sont permis entre époux, lorsque ceux-ci useront de ce droit, leur consentement sera-t-il libre ainsi que le veut l'article 1109 du Code civil ? Le mari n'usera-t-il pas de promesses savantes pour forcer sa femme à contracter avec lui ; celle-ci par sentiments exagérés, craintes de troubles dans le ménage n'osera certes pas refuser la signature qui la liera à jamais. En un mot on comprend dès lors facilement combien la capacité de contracter entre époux apparaît entourée de doutes : « Les conjoints unis par une communauté de joies et de douleurs, placés pour la vie dans un cercle étroit, l'inégalité de la puissance morale, la lutte de la faiblesse contre l'énergie, l'époux sera-t-il à l'abri des entraînements de la tendresse, des aumônes à la reconnaissance, de la séduction, de la crainte ? » (V. Discours Portalis, 7 ventôse, an XII). Le danger ne serait pas à craindre si la justice intervenait dans les contrats entre époux pour donner à la femme l'autorisation de contracter, mais l'intervention de celle-ci est limitée à des cas expressément prévus (art. 218, 221, 222, 224).

Aussi n'est-il pas possible de protéger suffisamment la femme dans ses intérêts. Enfin, ajoute-t-on, la loi elle-même a eu conscience de l'infériorité de la femme quand elle donne l'autorité dans la famille et l'administration des biens au mari, lorsqu'elle empêche les époux de rien changer au contrat de mariage, en un mot l'esprit du Code est flagrant, les époux doivent être mis en garde contre les influences qui naissent de leur union : « Le mari est chef de la société conjugale, il est l'administrateur des intérêts communs, la femme ne peut faire aucun acte sans son autorisation ; pourrait-on se promettre que la même personne pût concilier l'intérêt exclusif et personnel d'un contractant avec la sage vigilance d'un protecteur (1). » Tout cela ne milite-t-il pas en faveur de la prohibition des contrats entre époux ?

Réfutation. — Cet argument fait à coup sûr un noir tableau de la vie conjugale, il nous dépeint le mari comme un tyran qui n'userait que de dol, de violence, d'intimidation, de la séduction même, pour forcer sa femme, créature plus faible, j'en conviens, à contracter avec lui et en profiter pour la dépouiller de tous ses biens. Si ce tableau du mariage était réel, peu de personnes en auraient le goût et les célibataires, il faut le dire, peu tentés de changer

l'état de leur existence. Malheureusement la chose est quelquefois exacte, mais elle n'est qu'exceptionnelle ; généraliser serait donc absurde, tout autant que de baser sur de telles idées un texte de loi prohibitif. La loi d'ailleurs ne présume pas le dol et la violence (art. 1114) : La bonne foi doit être ici comme partout ailleurs la règle commune. A supposer même que le dol, la violence se soient glissés dans des conventions entre époux, n'a-t-on pas les articles du Code, comme en matière commune, pour sanctionner ces causes de nullité entre contractants ?

Quant à l'inégalité qui existe entre l'homme et la femme, elle existe certainement, mais pas au point de vue qui nous occupe. Déclarer que la femme est annihilée par son mari et que ce dernier seul a une personnalité active, c'est faire à sa compagne une situation inacceptable : « Cette union si intime, dit Toullier, que le mariage forme entre les époux ne les empêche pas d'être deux personnes distinctes tant au physique qu'au moral, personnes qui ont des biens et des intérêts différents et la capacité naturelle de les administrer et d'en disposer (1). » « L'état de dépendance dans lequel se trouve la femme ne suffit pas pour l'empêcher de consentir valablement, pas plus que la crainte révérentielle de l'enfant vis-à-vis de ses père et mère ne suffit à elle

1. TOULLIER, T. XII, n° 41.

seule pour vicier le contrat passé entre eux et c'est avec raison que Tiraqueau fait ressortir l'analogie qui existe entre les deux situations : « *Præsumitur metus reverentialis in leberis erga parentes, sicut et in uxore erga maritum* (1). »

Ainsi quand il s'agit de contracter entre les époux, il y a dans les deux parties contractantes, deux personnes distinctes, la loi n'a pas confondu leurs parrains dans leur union même : D'ailleurs il y a longtemps que la manus romaine a disparu, en établissant l'incapacité des époux en notre matière, est-ce que nos adversaires seraient tentés de rénover l'ancienne institution qu'avait avant eux abandonnée Rome et ses jurisconsultes il y a quelque deux mille ans ?

Textes du Code. — Le troisième argument invoqué par la doctrine que nous combattons semble s'appuyer sur le Code lui-même : Il invoque d'abord l'article 1595 qui prohibe le contrat de vente entre époux, sauf les trois cas limitativement énumérés par cet article ; voilà le principal des contrats, le plus inoffensif déclaré impossible, pourquoi des contrats plus dangereux que lui, tels que l'échange, le prêt, la transaction, la rente viagère, seraient-ils permis ? tous contrats plus périlleux et aléatoires. Cet article 1595 proclame en effet dans ses trois alinéas trois

1. GUILLOUARD, T. I, n° 145.

exceptions à un principe plus général mais sous-entendu, que celui qu'il énonce en prohibant la vente entre époux. On ne peut donc venir dire qu'en interdisant la vente, le Code permette implicitement tous les contrats. A citer encore les articles 1451 (rétabl. de la communauté après séparat. de biens), 1577 (mandat de la femme au mari), 2144 (réduct. de l'hypoth. légale) où on trouve, dit-on, la preuve que les auteurs du Code ont entendu prohiber les contrats entre époux, car ces articles seraient sans utilité si les contrats étaient permis entre conjoints.

Réfutation. — Cet argument tiré de l'article 1595 est un argument d'analogie, de ce que la vente est défendue, pourquoi en conclure que tous les autres contrats sont défendus ; en interdisant ce contrat le législateur avait un but, empêcher des donations qui sous le couvert de ce contrat inoffensif seraient irrévocables, faciliteraient les fraudes et outrepasseraient la quotité disponible. Ces dangers ont suffi au législateur pour l'interdire entre époux. Enfin les articles 1451-1577-2144 sont, nous dit on, une redite inutile si les contrats entre époux sont permis, pourquoi cela ? Dans le système que nous allons développer dans quelques instants ils ont une nécessité marquée et contiennent chacun d'eux des questions de détail utiles à la matière qu'ils traitent.

Deuxième système. — Avant d'aborder le système que nous adopterons nous devons d'abord exposer

une doctrine intermédiaire, qui a été présentée dans un recueil de jurisprudence sous un arrêt de la Cour suprême du 23 août 1825 par Sirey (1) : « Il est à remarquer, dit-on, que les liens de famille autrefois si puissants ne permettaient pas le trafic entre les proches parents ; la vente du père au fils fut longtemps contestée et la loi des 5-19 décembre 1790 tarifait encore au droit de donation toute convention translatrice en ligne directe. Si le père et le fils ne sont plus aujourd'hui comme une seule personne, cette fiction légale existe encore jusqu'à un certain point entre époux ; les liens qui les unissent et surtout les droits qui leur sont respectivement attribués ne permettent pas entre eux des contrats dans lesquels une des parties peut faire un profit au préjudice de l'autre... Quant aux actes qui n'ont rien d'incompatible avec leurs rapports légaux ou qui même en sont une suite légitime, ils sont autorisés par cela seul qu'aucun texte ne les interdit : de ce nombre, sont les comptes, les libérations, les remplois ; ce sont des nécessités dans l'action de la société conjugale, c'est aussi ce qu'exprime Dumoulin en disant : « Nullum contractum facere possunt, nisi ex necessitate. »

Ce deuxième système est plus large que le précé-

1. S. V. C. N. (DEVILLENEUVE et CARETTE. Collec. nouvelles des lois et arrêts, 1789 à 1830, 8^e vol. I. p. 179.)

dent, il prohibe les contrats entre époux en étendant cependant le cercle des exceptions. Il laisse aussi un plus grand pouvoir d'appréciation aux tribunaux ; il n'y a plus besoin d'un article donné du Code pour permettre tel contrat. Ainsi tous ceux qui n'ont pas pour but immédiat d'enrichir l'un des époux au préjudice de son conjoint, ceux qui sont « des nécessités dans l'action de la société conjugale » seront permis. Cette théorie a le mérite de reproduire le *nisi ex necessitate* de Dumoulin ; mais laissant à la justice, aux tribunaux un trop libre champ à l'appréciation, il a l'inconvénient d'être trop vague et plein d'incertitude.

Troisième système. — *Liberté contractuelle entre époux.* — Tels sont deux systèmes qui ne reconnaissent pas en principe la capacité de contracter entre époux, le premier interdisant d'une manière formelle tous contrats à titre onéreux entre conjoints, à moins qu'un texte spécial ne le leur permette ; le deuxième un peu moins étroit et laissant une certaine part d'appréciation aux tribunaux.

En face des partisans de cette incapacité quasi-complète il existe un troisième système, plus libéral celui-là, qui admet les contrats à titre onéreux entre époux, à l'exception de ceux qu'une disposition spéciale ait pu leur interdire.

Ce système que nous adopterons a l'avantage de présenter une base solide, d'être beaucoup plus pra-

tique que les précédents. Dans nombre de cas en effet le bien-être du ménage, sa prospérité, trouveront un puissant auxiliaire dans ces contrats entre époux où président la confiance et la bonne foi : comment croire qu'une femme mariée ayant, par exemple, la propriété d'un immeuble ne puisse l'habiter parce qu'il lui serait défendu de le louer à son mari ? Pourquoi interdire à un mari qui a besoin d'argent d'en emprunter à sa femme, au lieu de le forcer à aller en demander à un tiers ? Du reste n'avons-nous pas déjà suffisamment réfuté un à un les arguments des adversaires pour pouvoir dès maintenant exposer et mettre en lumière dans ses grandes lignes et principaux arguments le système auquel nous nous rallierons entièrement.

PREMIER ARGUMENT. — *Tout ce qui n'est pas interdit par la loi est permis.* — Le Code civil, nous l'avons déjà dit, n'a pas formulé de règle générale en notre matière, on y trouve seulement quelques textes peu précis, relatifs à certains contrats particuliers sur lesquels nous nous réservons de revenir et qui laissent entière à l'interprète la tâche de découvrir la pensée du législateur. Dans notre droit actuel la question ne semble pas incertaine, les époux peuvent contracter entre eux à titre onéreux, sauf quand la loi le leur défend. Pour justifier cette proposition on peut d'abord invoquer les principes :

Il n'y a rien de prohibé que ce que la loi défend formellement, partant de ce raisonnement, nous jetons les bases d'une théorie préférable à celle de nos adversaires qui forment avec les exceptions du Code un principe ayant pour exception la règle commune. En effet, aux termes de l'article 1123 du Code civil toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi : la capacité est donc la règle, l'incapacité l'exception, tout ce qui n'est pas défendu est permis, l'exception ne peut résulter que d'un texte formel ; or l'article suivant (l'art. 1124) énumère les seules personnes frappées d'une incapacité générale de contracter, à la lecture de cet article nous ne trouvons pas les conjoints.

Au nombre de ces personnes, la loi ne cite en effet que les mineurs, les interdits, les femmes mariées dans les cas exprimés par la loi, et l'incapacité de ces dernières consiste en ce qu'elles ont besoin en principe pour contracter d'être autorisées par leur mari ou par justice, mais non en ce qu'elles ne peuvent contracter avec leur mari : « En effet, dit M. Demolombe, aucune loi ne déclare la femme absolument incapable de contracter avec son mari, tout au contraire aux termes de l'article 217 du Code civil la femme ne peut contracter sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit, mais avec ce concours ou ce consentement elle peut contracter avec qui que ce soit, même avec son mari, puis-

que les articles 1123 et 217 ne font à cet égard aucune exception. »

DEUXIÈME ARGUMENT. — **Articles du Code.** — A lui seul ce premier argument serait suffisant, mais il n'est pas le seul pour nous convaincre.

Art. 1099. — L'article 1099, alinéa 2, nous fournit en effet un argument très sérieux en faveur de l'opinion que nous essayons de faire triompher ; ce texte nous dit formellement que toute donation entre époux, ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle. Qu'est-ce à dire si ce n'est que les époux ne peuvent se faire de donation sous la forme d'un contrat à titre onéreux. La loi prévoit donc des donations déguisées entre époux. Or celles-ci ne peuvent exister qu'autant que des contrats puissent intervenir entre conjoints. Il en résulte donc que les contrats à titre onéreux sont valables entre gens mariés chaque fois qu'ils ne cachent pas une libéralité (il aurait été inutile d'annuler cette dernière, dans ce cas particulier si le contrat à titre onéreux était nul par lui-même), c'est là du reste une condition de validité des contrats entre époux que nous examinerons aussi au cours de cette étude.

Art. 1395. — Nous trouvons dans cet article : « Elles (les conventions matrimoniales) ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage », un argument dans le genre de celui qui précède : Pourquoi les rédacteurs du Code seraient-

ils venus énoncer cet article de loi si les époux avaient l'incapacité entière et manifeste de contracter entre eux ?

Des arguments précédents, il résulte donc à notre avis, que les auteurs du Code ont implicitement reconnu aux époux la capacité de contracter entre eux à titre onéreux. Ce principe qu'ils n'ont pas énoncé d'une façon générale dans la loi, ils l'ont néanmoins laissé entrevoir dans plusieurs textes qui supposent des « arrangements », des contrats divers pouvant exister entre mari et femme ainsi que nous le fait remarquer M. Planiol dans son récent *Traité du droit civil*. On peut citer notamment parmi ces conventions entre époux : l'article 1431 qui permet aux gens mariés de s'obliger solidairement l'un pour l'autre ; l'article 1435 qui exige l'acceptation formelle par la femme du emploi que son mari lui offre : dans ce dernier cas ne trouvons-nous pas là tous les éléments d'un contrat, le concours de deux volontés sur un point déterminé ayant pour effet de lier les deux parties contractantes ? Citons encore l'article 1451 au sujet du rétablissement de la communauté, avec le consentement des deux époux après une séparation, soit de corps et de biens, soit de biens seulement... l'article 1577 pour le mandat, l'article 1595 pour la vente dans ses trois exceptions ; l'article 2144 pour la réduction de l'hypothèque légale de la femme.

De l'examen de tous ces textes il résulte que la loi n'y édicte pas une règle, mais considère le principe comme posé et en tire des conséquences : le législateur a donc admis sans l'énoncer le principe de la capacité de contracter entre époux ; lorsqu'il a voulu leur interdire certains contrats, il l'a fait d'une manière formelle, par un texte spécial qui ne peut être qu'une exception à un principe que les rédacteurs du Code ont laissé le soin de déduire logiquement à ses interprètes.

Telle est la solution à laquelle on ne peut manquer d'avoir recours en notre matière ; mais, après avoir examiné les différents systèmes que la doctrine nous a proposés sur cette question controversée de savoir si les époux ont la capacité de contracter entre eux ; pour être complet nous avons à nous demander maintenant quel a été le système suivi par la jurisprudence.

Système de la jurisprudence. — La réponse à cette question est catégorique : On peut dire, d'une manière formelle, que la jurisprudence a généralement autorisé certains contrats entre époux que la loi n'avait pas prévus entre eux ; tels sont : le prêt, le cautionnement, la transaction (1). A propos de ce

1. Gênes, 30 août 1811.

Cass., 13 août 1812.

dernier contrat nous devons mentionner ici une de ses décisions les plus importantes qui reflète bien son esprit en la matière : Elle est contenue dans un arrêt du 4 février 1846 (Cass., 4.2.1846. D. 46.1.216), une dame L... forma en 1831 une demande en séparation de corps contre son mari à la suite d'un jugement qui condamnait ce dernier à payer à sa femme jusqu'à la fin du procès une pension et provision alimentaires ; il intervint entre les deux époux une transaction dans laquelle il était dit que pour se libérer envers sa femme des pension et provision alimentaires adjugées par le jugement, le sieur L..., lui compterait une somme de 600 francs une fois payée et lui paierait une pension annuelle de 1000 francs, que de son côté la dame L... subviendrait aux besoins de sa fille issue du mariage ; qu'elle laisserait à son mari l'administration de ses biens, qu'enfin elle suspendrait ses poursuites de séparation. Un arrêt de la Cour royale de Paris du 18 décembre 1844 confirma la validité de cette convention intervenue entre L... et sa femme et la Cour de cassation adopta la décision de la Cour d'appel : « Attendu que... la dame L... a souscrit une transaction par laquelle... etc. » Par cet arrêt la juris-

Montpellier, 10 novembre 1853.

Grenoble, 11 mars 1859.

prudence admet, à n'en pas douter, le principe des contrats entre époux.

Dans un autre arrêt du 30 décembre 1861 (1) la Cour de Limoges admit également l'échange entre époux : « Il était intervenu entre la dame B... et son mari un échange d'immeubles leur appartenant, la dame B... attaqua cet acte en nullité et les diverses ventes qui avaient suivi, la cour de Limoges confirma la décision des premiers juges qui eux-mêmes avaient reconnu valable l'acte d'échange intervenu entre les deux conjoints.

Il y a cependant certains contrats que la jurisprudence ne peut admettre, par exemple la société entre époux (2) qu'elle déclare nulle et non avenue, et pour des motifs spéciaux sur lesquels nous nous réservons de revenir, mais d'une façon générale la question a été le plus souvent résolue par les tribunaux, les cours d'appel, et la Cour de cassation dans le sens affirmatif. La jurisprudence a donc admis le principe de la capacité des époux à contracter ensemble ; la seule question discutée est celle qui est née sur le point de savoir si pour contracter avec son mari la femme n'a pas besoin de l'autorisation de justice.

1. D., 62.2.201. Voy. DALLOZ, 62.2.201, note.
D., 1823.2.170, prêt.

2. Paris, 24 janvier 1885. D., 88.1.401.
Nancy, 15 janvier 1886. D., 88.2.349.
Paris, 10 décembre 1896. D., 97.2.125.

Mais c'est là un des points que nous allons examiner au chapitre suivant où, supposant les époux capables de contracter entre eux, nous aurons à nous demander sous quelles conditions ces contrats seront valables.

CHAPITRE DEUXIÈME

CONDITIONS DE VALIDITÉ DES CONTRATS ENTRE ÉPOUX

Il résulte de ce qui précède que le législateur a laissé aux époux la capacité de contracter entre eux à titre onéreux, nous avons du moins essayé de démontrer cette idée qui n'est nulle part écrite dans la loi. Si nous y sommes parvenus, il nous faut maintenant déterminer les conditions sous lesquelles un tel contrat sera valable : nous ne nous trouvons pas dans notre matière en face de contractants ordinaires ; bien au contraire, les deux parties en présence sont unies par le mariage ; celui-ci fait perdre à la femme une partie de son individualité juridique ; elle doit dès lors obéissance à son mari et ne peut s'obliger ou agir sans que celui-ci intervienne pour l'autoriser ; si le mari est absent, incapable ou refuse de l'habilitier (c'est le langage du Code) la femme mariée a la faculté de s'adresser à la justice qui lui donnera ou refusera l'autorisation. Mais, en notre matière, le co-

contractant c'est le mari, est-ce de lui que la femme devra obtenir l'acte d'habilitation, de soumission nécessaire, ou bien devra-t-elle s'adresser à la justice ? Telle est la première question qui fera la première condition de la validité du contrat, entre conjoints, question à laquelle nous devons d'abord répondre. En deuxième lieu il nous faudra tenir compte de l'article 1395 qui défend aux époux de ne rien changer à leurs conventions matrimoniales, nous devons donc concilier cet article avec le principe de la liberté contractuelle que nous avons admise. Enfin cette liberté ne peut être absolue en présence de certains textes de la loi : Pour sauvegarder les intérêts des enfants et empêcher les époux de se dépouiller trop facilement vis-à-vis l'un de l'autre, la loi déclare que les dispositions à titre gratuit qu'ils pourront se faire ne devront pas être irrévocables et dépasser la quotité disponible : sous le couvert de contrats à titre onéreux, en faisant une donation ou une vente déguisée les conjoints pourraient être tentés de violer les prohibitions de la loi : la troisième condition de la validité d'un contrat entre époux sera donc que celui-ci ne constitue pas de vente ou de donation déguisées. Telles seront les trois conditions : autorisation de la femme, aucune dérogation aux conventions matrimoniales, nullité d'une donation déguisée ou d'une vente simulée que nous allons examiner dans ce chapitre.

Section I

La femme, pour contracter avec son mari, doit être autorisée ; par qui? Telle est la question que nous avons à examiner dans cette première section.

Il est certain que la femme pour contracter doit être autorisée, la loi le dit formellement et personne ne songe à le nier. Quand elle contracte avec son mari, par qui le sera-t-elle ? Sera-ce son mari, son adversaire dans le cas qui nous occupe, qui l'habilitera à agir, ou bien faudra-t-il qu'elle s'adresse à la justice ? Comme dans le chapitre précédent nous nous trouvons en présence de deux systèmes différents tout à fait opposés :

PREMIER SYSTÈME. — *La femme qui veut contracter avec son mari doit se faire autoriser par justice.* — Ce système qui n'a qu'un mérite, celui d'être le plus ancien, déclare que la femme qui veut contracter avec son mari en doit demander l'autorisation à la justice : « Il répugne, nous dit Portalis dans les travaux préparatoires, que l'on puisse à la fois être juge et partie, or quand on autorise, on est juge, et l'on est partie quand on traite, on peut comme partie chercher son bien propre et particulier, comme en autorisant on ne doit travailler qu'au bien d'autrui. » Le système du Code en exigeant l'auto-

risation du mari ou de justice lorsque la femme veut contracter avec un tiers résulte d'un principe d'équité; le Code en exigeant que la femme ait l'autorisation de son mari pour contracter a voulu protéger cette dernière, et l'a voulu voir guidée par de sages conseils dans l'affaire qu'elle allait conclure; mais dans notre matière, le but poursuivi ne serait pas atteint, dit-on, puisque le mari sera lui-même partie au contrat : « Nemo potest esse auctor in rem suam » dit l'ancien adage (*Inst. lib.*, 1, l. XXI); juge et partie, le mari ne semble pouvoir agir avec l'impartialité que l'on est en droit d'exiger de lui : « Est-ce qu'on peut jamais être juge ou témoin ou expert dans sa propre cause, dit M. Demolombe; est-ce qu'il est possible de confier la protection d'une personne incapable à son propre adversaire, de confier le soin de sa défense à celui-là même qui l'attaque ? (1) » Non, disent les partisans du système que nous exposons. Au premier abord cela semble tout à fait impossible. Rien dans le Code sur ce point : l'article 217 déclare que la femme ne peut contracter que dûment autorisée par son mari; mais les articles 218, 221, 222, 213 déterminent qu'en cas d'absence, d'incapacité, d'interdiction, de refus du mari, c'est à la justice que la femme doit s'adresser;

1. DEMOLOMBE. C. civ. Mar., II, p. 272. Voir également PLANIOL. *Traité de dr. civ.*, p. 195, t. III.

or, puisque en cas de refus injustifié (art. 219) du mari la femme peut s'adresser au tribunal pour l'habiliter à contracter, pourquoi dénier à cette même justice le droit d'autoriser la femme lorsqu'il y a opposition d'intérêts entre les époux, lorsque ceux-ci vont contracter ensemble ; de plus ne voyons-nous pas une application de ce principe dans les articles 1558 et 2144, qui exigent l'autorisation de justice alors même que le mari aurait pu donner la sienne, mais parce qu'il y a opposition d'intérêts entre le mari et la femme.

Tels sont les arguments sur lesquels se basent nos adversaires pour soutenir que le mari ne peut directement autoriser sa femme à contracter avec lui et qu'alors il faut à cette dernière l'autorisation de justice.

Ce système qui est celui de Duranton (1), de Vazeille (t. II, 354) de Fouquet (*Encyclopédie du*

1. En ce sens Duranton : Excepté dans le cas où la loi (dit Duranton, II, 473) par une autorisation spéciale permet le contrat de vente entre époux, on doit tenir pour principe que lorsque l'affaire se passe uniquement entre le mari et la femme, celle-ci n'est pas valablement autorisée si elle ne l'est pas par justice. L'influence du mari est en effet bien plus à craindre, il a bien plus de motifs encore de l'exercer et même d'employer des moyens licites pour contraindre sa femme à se soumettre à sa volonté. Il est réellement alors *auctor in rem suam* puisqu'il n'agit que dans son seul intérêt en autorisant sa femme.

droit, n° 24) s'appuie en outre sur plusieurs anciens arrêts de jurisprudence (1).

Dans le premier de ces arrêts, il s'agissait d'une femme qui, après avoir été autorisée par justice à l'effet d'intenter une action en séparation de biens contre son mari, se désista ensuite de toutes poursuites, par un acte passé sans autorisation de justice, mais avec le seul concours du mari. Bientôt après le désistement fut attaqué par la dame elle-même devant la Cour de Lyon qui annula le désistement comme surpris par dol et comme donné sans l'autorisation de justice. Pourvoi en cassation pour violation des articles 217, 218, 219, 1451 du Code civil, celle-ci confirma l'arrêt de la Cour de Lyon et déclara « qu'indépendamment des violens indices de dol personnel dont la Cour d'appel a déclaré entaché l'acte de désistement dont il s'agit, aux termes de l'article 219 du Code napoléon, la femme en puissance de mari doit être par lui ou bien à son défaut par la justice autorisée à passer tous actes ; que celui de désistement d'une instance en séparation de biens intenté par la dame G... et le demandeur était de la nature de ceux qui exigent une autorisation par la justice puisqu'elle avait déjà été autorisée par elle

1. Cass., 14 février 1840. S., 1812.1.189 ; Cass., 13 octobre 1812, aff. Tabasso. S., 1813.1.143 ; Paris, 16 mars 1839, aff. Aléon. D., 1839, II, 115.

pour la former ; d'où il suit que l'omission de cette formalité de rigueur affectait de nullité un pareil désistement et qu'elle n'aurait pu être couverte par l'autorisation du mari, le sieur G... qui ne pouvait être *auctor in rem suam*. Rejette... etc. (Cassat. 14 févr. 1810. Sirey, 1810.5.189).

Le deuxième arrêt qui date du 13 octobre 1812 (S., 1813.1.143) déclare que l'autorisation donnée par le mari à sa femme de contracter avec un tiers est valable, « encore même qu'en résultat l'obligation doive tourner au profit du mari ; mais nous y relevons en outre « qu'il ne faut pas confondre le cas particulier où la femme s'est obligée par le même acte, conjointement avec son mari, envers des tiers, avec celui où une femme *contracte une obligation personnelle avec son mari...* »

Voilà donc plusieurs arrêts sur lesquels viennent se baser les partisans du premier système qui se réclament de l'autorisation de justice lorsque la femme veut contracter avec son mari. Disons tout de suite que ce raisonnement ne nous paraît pas acceptable.

DEUXIÈME SYSTÈME. — *La femme qui veut contracter avec son mari n'a besoin que de l'autorisation de ce dernier.* — Est-il vrai de dire que les articles 215, 217, etc., ont été écrits par les rédacteurs du Code uniquement pour protéger la femme. Ne serait-il pas plus vrai de dire qu'à chaque association de person-

nes et de biens il faut un chef ; or, qu'est-ce donc que le mariage sinon une communauté de devoirs, de biens, d'intérêts entre l'homme et la femme ; et alors l'autorisation du mari, même lorsqu'il la donne à sa femme pour contracter avec lui ne nous semblera plus suspecte de partialité et ce ne sera au contraire qu'un corollaire de la puissance maritale pour sauvegarder les intérêts matrimoniaux.

Par son autorisation le mari donne à la femme le pouvoir de contracter, mais cela ne veut pas dire que ce soit lui l'initiateur de l'acte, pourquoi donc voir dans cette autorisation un moyen de contrainte employé par le mari pour dépouiller sa femme en contractant avec elle ; il faut un chef dans toute association de personnes, fût-ce le mariage ; le premier argument de nos adversaires est donc mal assis, il part d'un motif qui n'est pas conforme à l'esprit du Code civil, les articles 215 et suivants n'ont pas été écrits dans le but de protéger la femme.

Et maintenant cette règle, qui empêcherait le mari d'autoriser sa femme à contracter avec lui et qui n'est nulle part écrite dans les lois, en vertu de l'adage « *nemo postest esse auctor in rem suam* », n'était pas dans notre ancien droit appliquée entre mari et femme. Ricard prétendait que la femme lorsqu'elle contractait avec son mari n'avait pas besoin d'autorisation (1) ; Lebrun nous disait que « dans les

1. *Traité du don manuel*, n° 47.

cas où il est permis aux conjoints de contracter ensemble la femme n'a pas besoin d'autorisation » (1). Il y avait seulement controverse parmi les coutumiers sur le point de savoir si la femme contractant avec son mari avait besoin d'une autorisation expresse, ou si une autorisation tacite par le fait du concours du mari à l'acte suffisait. Cette controverse n'a jamais porté sur le point de savoir si la femme avait besoin de l'autorisation du tribunal pour contracter avec son mari : Ce qui prouve bien que la règle *nemo potest esse auctor in rem suam* n'avait jamais été appliquée entre mari et femme dans notre ancien droit. Pourquoi en serait-il autrement à l'heure actuelle ?

D'autre part, aux termes de l'article 217 la femme ne peut contracter sans le concours de son mari dans l'acte ou son consentement par écrit ; avec son concours (et celui-ci a la même force que le consentement) voilà la femme pouvant faire tous actes juridiques valables ; on peut donc dire que le concours du mari est une autorisation tacite ; ceci étant, si les deux époux contractent l'un avec l'autre, sans aucun doute le mari concourt dans l'acte, alors pourquoi ne pas dire avec M. Demolombe « que la femme peut contracter alors sans aucune autorisation, où si vous l'aimez mieux avec la seule autorisation de son

1. *De la communauté*, l. II, ch. I, sect. 3.

mari lui-même, autorisation qui résulte nécessairement du concours du mari dans l'acte... » Et nous voyons peu à peu notre système se dessiner en refusant chacun à chacun les arguments des adversaires; que ceux-ci ne viennent pas m'objecter les articles 218, 219, 221, 223, je leur viendrais dire que ces articles ne sont que des exceptions à l'article 217, et comme toute exception ne doivent pas être étendus, n'étant applicables qu'en cas de refus (art. 219), de condamnation (art. 221), d'interdiction (222), d'absence, de minorité (223), et nullement dans le cas où le mari contracterait avec sa femme. Donc l'article 217 doit seul être appliqué en la question que nous traitons.

Quant à l'article 1558 qui permet l'aliénation de l'immeuble dotal avec autorisation de justice, le motif qui l'a inspiré est tout autre; il s'agit là du principe de l'inaliénabilité dotale et d'une autorisation accordée par jugement aussi bien au mari qu'à la femme pour aliéner l'immeuble dotal dans des cas d'ailleurs limitativement énumérés : « La permission de justice exigée par l'article 1558 pour l'aliénation, de l'immeuble dotal, nous dit Demolombe, dérive en effet d'un tout autre principe que l'autorisation, il ne s'agit plus alors de l'exercice de l'autorité maritale, que la justice peut dans certains cas suppléer ou remplacer. Il s'agit d'une permission nécessaire aux deux époux, au mari lui-même comme à la femme

pour aliéner le bien que le contrat de mariage a déclaré inaliénable en l'affectant essentiellement aux besoins du ménage et de la famille (1). » Il en est de même pour l'article 2144 dont se servent aussi nos adversaires ; si les rédacteurs du Code ont exigé l'autorisation de justice pour réduire l'hypothèque légale de la femme, c'était par crainte des dangers particuliers de l'abandon que la femme ferait alors à son mari. D'ailleurs en l'espèce il n'y a pas non plus simple autorisation de justice, comme dans notre matière, mais jugement du tribunal (2). Ce n'est donc là encore qu'une exception et non le principe.

CONCLUSION.— Pour conclure nous dirons donc que la femme n'a pas besoin de l'autorisation de justice lorsqu'elle voudra contracter avec son mari ; que l'autorisation de ce dernier est suffisante, mais nécessaire ; et le système que nous adopterons sera celui-ci :

Pleine capacité des époux de contracter entre eux : pas de formalités d'autorisation, le concours du mari dans l'acte valant implicitement habilitation de la femme.

Voilà donc résolue la première condition de la liberté contractuelle entre époux. Dans les quelques lignes qui ont servi d'introduction à ce chapitre nous

1. *Mariage*, II, p. 276.

2. En ce sens, Cassation, 3 juin 1834. D., 1834, 1.205.

avons vu que ce n'est que la première condition sous laquelle un contrat sera valable entre eux. Il nous faut maintenant examiner la deuxième, à savoir que les époux ne doivent pas, lorsqu'ils contracteront ensemble, déroger à leurs conventions matrimoniales, à l'article 1395 du Code civil.

Section II

Pour pouvoir contracter entre eux les époux ne doivent pas déroger au principe de l'immutabilité du contrat de mariage.

L'article 1395 du Code civil dispose que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. Pour justifier ce principe on peut invoquer trois motifs : d'abord la crainte des avantages prohibés entre époux, il était nécessaire en effet de protéger les époux contre l'entraînement d'une passion exagérée ; ensuite l'intérêt de la femme elle-même, si le contrat de mariage n'était pas immuable, toutes les précautions prises par la famille de la femme dans son intérêt seraient abandonnées à l'influence du mari, ou en cas de résistance de la femme ce serait la paix du ménage qui aurait à en souffrir ; enfin le troisième motif trouve son fondement dans l'intérêt des tiers,

en l'espèce les créanciers des époux surtout, il importe en effet que ceux-ci n'ignorent pas le régime matrimonial des époux avec lesquels ils sont appelés à traiter ; si on pouvait changer les termes de ce dernier au cours du mariage, ou lui en substituer un autre, comment ces mêmes tiers pourraient-ils exercer leurs poursuites, après avoir compté sur un certain régime favorable à leurs droits ? Quelles seraient donc leurs garanties ? On le voit, la loi a évité ces difficultés avec l'article 1395 par lequel les époux ne peuvent faire aucune convention aucun contrat entre eux à titre onéreux après leur union qui changeât le régime primitivement adopté. Et cela sous peine de nullité de la convention, sanction qui n'est plus contestée maintenant par les auteurs. A titre documentaire on peut rappeler à ce propos l'opinion originale de Touillier qui rattachait l'article 1395 à l'article 1096 et prétendait que les changements apportés au contrat de mariage n'étaient pas nuls, mais seulement révocables comme les donations : « Toutes les conventions postérieures à la célébration du mariage, dit-il, qui ont pour objet de régler les droits des deux époux ou de l'un d'eux, ou bien de changer les clauses des conventions matrimoniales doivent être et sont, suivant l'esprit et les dispositions du Code, non plus nulles comme autrefois, mais toujours révocables à la seule volonté de l'un des conjoints, sans le concours de l'autre, parce

qu'elles contiennent comme autrefois un avantage au moins immédiat en faveur de l'un d'eux et qu'en leur permettant de s'avantager, le Code ne leur permet que sous la condition de cette révocabilité (1). » Cette opinion qui avait été aussi celle de la cour de cassation dans quelques-uns de ses arrêts de l'an X n'a pas été suivie, réfutée qu'elle fût par Laurent et Troplong. Aujourd'hui la discussion est simplement oiseuse et sans intérêt et le principe de la nullité des conventions dérogeant au régime matrimonial est généralement admis.

Quand dérogera-t-on aux conventions matrimoniales? — Mais quand dérogera-t-on aux conventions matrimoniales. C'est là une question difficile à résoudre car elle comporte dans la pratique quantité de réponses qu'il est difficile de généraliser. On ne peut donc répondre sans hésitation à la question de savoir si tel ou tel contrat passé entre époux déroge ou non à leur contrat de mariage (2). On peut cependant dire que l'on modifiera les conventions matrimoniales, lorsque, par exemple, les époux substitueront leur régime primitif à un autre, lorsqu'ils modifieront une clause spéciale de leur contrat. Ainsi sous le régime de la communauté, il sera impossible

1. TOUILLIER, XII, ch. I, p. 25 et suiv.

2. EN CE SENS BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE, *Contr. de mar.*, p. 89.

aux conjoints de convenir postérieurement à leur mariage que tel bien acquis sous certaines conditions sera propre alors que la loi le déclare commun ; sous le régime dotal de faire une convention déclarant tel bien paraphernal alors que le contrat de mariage le stipulait dotal.

La règle la plus sage que l'on devra suivre dans ces questions difficiles sera de se reporter au régime adopté par les époux dans leur contrat : voir quels biens sont propres, quels biens communs ; quels biens sont dotaux, quels autres paraphernaux. C'est donc là une question de pratique laissée à l'appréciation des tribunaux et souvent difficile à résoudre (1).

La conclusion de ce paragraphe sera donc que sous le couvert d'un contrat à titre onéreux, les époux dérogeant à leurs conventions matrimoniales, il ne faudrait pas hésiter à frapper de nullité abso-

1. La jurisprudence fait alors office de loi dans la pratique pour les cas les plus fréquents, par exemple, elle décide que les donations entre époux faites par contrat de mariage et par suite irrévocables ne peuvent valablement disparaître par l'effet d'une renonciation émanée du donataire au cours du mariage. S., 94. 1. 173. Ainsi encore le contrat par lequel les époux renoncent l'un en faveur de l'autre aux récompenses ou indemnités auxquelles il pourrait avoir droit tombe sous l'application de l'art. 1395. — Lyon, 22 juillet 1849, D., 49. 2. 213. Voir aussi : Rouen, 15 décembre 1891. D., 92. 2. 437 ; Paris, 9 août 1870, S., 70. 2. 289.

lue la convention nouvelle pour se conformer à la règle formulée par l'article 1395.

Section III

En contractant entre eux, les époux ne doivent pas déguiser une donation.

Nous avons déjà dit que le contrat entre époux pour être valable ne devait pas cacher une donation. Ce sera la troisième condition de la validité des contrats à titre onéreux entre conjoints.

Nous savons déjà que le législateur a permis les donations entre époux, au cours du mariage, à la différence de ce qui existait dans l'ancien droit. En ne prohibant pas ces donations, il a cependant voulu qu'elles ne dépassent pas une certaine quotité (art. 1094-1098). Ceci posé, en donnant aux époux la capacité de contracter entre eux, il ne faudrait pas que sous le couvert d'un contrat à titre onéreux, ceux-ci viennent déjouer les intentions du législateur et se fassent par ce moyen une donation prohibée, c'est-à-dire irrévocable et dépassant la quotité disponible. En un mot il ne faudrait pas que les époux puissent d'une façon détournée ce que la loi leur interdit de faire au grand jour. Tous les auteurs et la jurisprudence sont d'accord sur ce point : mais il existe une controverse sur la question de savoir

quelle sera la valeur d'un contrat entre époux dissimulant une donation : et nous poserons ainsi la question : pendant le mariage les époux ont contracté ensemble à titre onéreux, leur convention est permise soit par la loi, soit par extension des principes ; mais sous le couvert de ce contrat il y a libéralité au profit de l'un d'eux ; quel sera le sort de cette convention ?

Plusieurs systèmes ont été proposés, ils sont nés des termes vagues de l'alinéa 2 de l'article 1099 : « Toute donation ou déguisée (ou faite à personnes interposées) sera nulle. » Faut-il prononcer la simple réduction, lorsque cette libéralité excède le disponible, ce que propose un premier système ; faut-il être plus sévère et déclarer au contraire, avec les auteurs d'un deuxième système, entièrement nulle toute libéralité dissimulée sous les apparences d'un contrat entre époux ?

PREMIER SYSTÈME. — *Seule réduction.* — Si la donation déguisée ne dépasse pas la quotité disponible, les auteurs du premier système, disposent qu'elle sera valable pour le tout, ils traitent donc ces libéralités comme des donations indirectes ; en effet ils les réduiront seulement si elles dépassent la quotité disponible.

Pourquoi cela ; mais la raison en est bien simple : le deuxième alinéa de l'article 1099 se rattache au premier alinéa du même article en ce qu'il ne fait qu'ap-

pliquer le principe posé par le premier. D'ailleurs les termes donation déguisée ou à personnes interposées sont synonymes des mots avantages indirects. Puisque la jurisprudence maintient sauf réduction, les donations déguisées faites par une personne qui laisse des héritiers à réserve, pourquoi n'appliquerait-on pas le même principe aux donations entre époux, aussi bien qu'aux donations faites entre toutes autres personnes? Ce serait inconséquence manifeste(1).

DEUXIÈME SYSTÈME. — *Nullité*. — Dans le deuxième système, et c'est celui que nous adopterons, on nous enseigne au contraire que la sanction du contrat entre époux qui cache une donation prohibée est la nullité pure et simple, absolue, totale, même si la quotité disponible n'a pas été dépassée : Les époux ont voulu tourner la loi, ils doivent supporter les effets de cette fraude, le déguisement constitue à lui seul un acte blâmable, du reste les donations entre mari et femme sont toujours dangereuses, il faut les prévenir d'une manière exemplaire lorsqu'elles se cachent sous un contrat à titre onéreux, la sanc-

1. En ce sens DURANTON. T. IX, n° 831. POUJOL, t. II. p. 592. VAZEILLES, sur l'art. 1099. MERVILLE, *Revue pratique*, 1863, t. XV, p. 74.

Jurisprudence : Grenoble, 21 mars 1870. *Journ. arrêts Grenoble*, t. XXVII, n° 170. S., 70.2.240 ; *Pand.* 70.918 ; D. 70.2.190.

tion ne peut être que la nullité ; pourquoi en effet se montrer favorable à une dissimulation, les parties pouvaient librement réaliser leurs désirs de libéralités par des moyens légaux ; ne l'ayant pas fait elles doivent supporter les conséquences de leurs fraudes. Le législateur a toujours vu les donations d'une façon défavorable il a voulu l'intervention d'un notaire pour imposer à leur auteur certaines réflexions utiles à la sagesse de sa décision et l'on voudrait qu'on permit qu'un simple changement de forme, introduit dans un contrat dont le fond reste une donation, fût suffisant pour le débarrasser des règles de prudence dont on l'entoure, non cela ne peut être, il y a eu fraude, il doit y avoir nullité.

Cesystème qui est celui que la jurisprudence a quelquefois appliqué remonte à un arrêt de la Cour d'Angers du 12 juin 1828, confirmé par un arrêt de la Cour de cassation du 30 novembre 1831 (1). Cet arrêt se base d'abord sur l'article 1079, très impératif à cet égard : toute donation déguisée sera nulle ; ensuite sur l'article 1096 qui interdit aux conjoints de se faire des donations irrévocables : le déguisement étant de nature à compromettre la facilité de révocation attenant à l'époux donateur. Que l'on ne vienne pas nous objecter que les époux auraient pu faire au grand jour ce qu'ils ont fait sous le cou-

1. D., 31.1.371.

vert d'une convention à titre onéreux ; en effet ils l'auraient pu faire mais avec cette différence capitale que non déguisée leur donation serait parfaitement révocable tandis qu'en la dissimulant sous un contrat à titre onéreux ils allaient pour toujours la rendre irrévocable.

Tels semblent donc les motifs qui ont engagé les auteurs du Code à écrire l'article 1099. Du reste les arrêts qui admettent la seule réductibilité sont très rares (1). Dans notre sens on peut citer la plupart des arrêts (2), quoique la jurisprudence ne soit pas mal hésitante, les divers systèmes y sont représentés, c'est en somme un certain chaos (3).

DERNIÈRE CONDITION. — *Il faut que le contrat à titre onéreux ne cache pas une vente prohibée par l'article 1595.* — Telle est la troisième condition de la validité d'un contrat entre époux : nous renvoyons l'examen de la dernière condition : Nullité d'une vente simulée au titre ci-après de la vente (3^e partie, p.87) : L'article 1595 prohibe en effet d'une manière générale le contrat de vente entre époux en y apportant trois exceptions seulement.

1. Grenoble, 21 mars 1870. D., 70.2.190, S., 70.2.240.

2. V. notamment Limoges, 5 août 1879. D., 83.1.407.

3. V. Cassat., 7 février 1849. D., 49.1.71 ; 25 juillet 1881, S., 82.1.417.

Ces arrêts déclarent que ce sont les seules donations déguisées et entamant la réserve qui seraient sujettes à nullité, les autres étant parfaitement valables.

Telles sont donc les conditions spéciales qui sont requises pour la validité d'un contrat à titre onéreux entre époux. Ils sont nécessairement soumis aux mêmes conditions de validité que les autres conventions, encourant dès lors les nullités résultant du dol, de l'erreur, de la violence, de l'action paulienne etc. ; encourant encore la nullité si le contrat portait atteinte aux droits du mari comme chef et intentant à la puissance paternelle. Ce seront là des questions de fait dont les tribunaux seront juges (1).

Nous allons supposer maintenant ces conditions remplies et examiner les effets d'un contrat entre époux régulièrement formé.

1. D., 1878. 1. 201. D., 1881. 1. 156.

DEMOLOMBE, t. IV, n^{os} 237-240.

PLANIOL, *Revue critique*, 1888, p. 273.

CHAPITRE TROISIÈME

EFFETS DES CONTRATS ET OBLIGATIONS ENTRE ÉPOUX

Lorsque des conventions à titre onéreux qui ne sont pas interdites par la loi ont été légalement formées entre époux et que ceux-ci ont respecté les conditions que nous avons énoncées précédemment, ces contrats s'ils sont sincères et sérieux doivent produire les effets ordinaires des contrats, ils seront valables comme s'ils avaient été faits entre personnes étrangères. Mais s'il s'agit de contrats prohibés, ils seront frappés de nullité ; cette nullité sera-t-elle relative ou absolue ? La réponse ne saurait être douteuse, c'est l'incapacité des parties qui sera invoquée celle-ci n'étant dans notre droit qu'une cause d'annulabilité (v. M. Planiol, *Théorie des nullités. Traité de Dr. civil*, t. I) ; le vice dont est atteint le contrat prohibé n'empêchera pas celui-ci de se former, mais autorisera par la suite certaines personnes à infirmer sa validité, l'époux lésé, ses héritiers, ses

créanciers; comme conséquence le contrat sera susceptible de confirmation expresse, en suivant les prescriptions de l'article 1338. Enfin cette action en nullité durera dix ans et ce temps ne courra qu'à dater de la dissolution du mariage (art. 1304) (1).

Si les époux dans les cas où nous leur reconnaissons la capacité de contracter entre eux n'ont pas satisfait aux conditions de l'article 1395 (immutabilité des conventions matrimoniales), de l'article 1099 (donations déguisées), 1595 (vente prohibée), comme ces conditions sont d'ordre public, nous nous trouvons en présence d'une nullité absolue qui pourra être invoquée par tout intéressé, qui ne sera pas susceptible de confirmation et qui sera imprescriptible. En dehors des effets ordinaires des contrats passés entre étrangers, les contrats passés entre époux produiront certains effets spéciaux. Les créances auxquelles ils donneront naissance au profit de la femme contre son mari seront nécessairement garanties par l'hypothèque légale que la femme a sur les biens du mari (art. 2121) (Aubry et Rau, n° 264, ter, textes et notes, pages 217 et 218, t. III). Enfin la prescription des actions dont seront munies les créances de chacun des époux sera suspendue pendant la durée du mariage (art. 2253).

Nous venons d'examiner la valeur d'un contrat

1. Douai, 20 juin 1895. D., 95.2.515.

valablement formé entre époux ; quels seront maintenant les moyens que le législateur a mis à la disposition du conjoint pour obtenir l'exécution de la convention ?

VOIES D'EXÉCUTION ENTRE ÉPOUX. — La contrainte par corps en matière civile n'avait jamais été admise d'époux à époux (L. 17 avril 1832, art. 19) et c'était justice, ceux-ci jouissaient donc à cet égard d'une immunité spéciale puisqu'ils échappaient à la voie d'exécution rigoureuse dont il s'agit. Actuellement, depuis la suppression de la contrainte par corps (L. du 22 juillet 1867), cette disposition n'a plus de raison. Mais nous sommes en droit de nous demander s'il n'y a pas lieu de craindre que des poursuites en justice entre conjoints ne viennent troubler la bonne harmonie, la paix de la maison : la loi n'a-t-elle pas cherché elle-même un moyen de prévenir les voies d'exécution avec les articles 2253 et 2256 ? La question posée nous pouvons dire que la loi a prévu la question, qu'elle a donné simplement un conseil, sans rien prohiber, ce qui nous autorise à venir affirmer que toutes les voies d'exécution reconnues par la loi sont ouvertes au conjoint créancier (1). Donc en principe celles-ci sont admises, mais le sont-elles dans tous les cas ? Pour répondre à cette question il faut distinguer sous quel régime sont mariés les époux.

1. En ce sens art. 1444, 1478, 1479, 1577 du C. civ.

A) *Régime de séparation de biens.* — Sous ce régime, pas de difficultés, rien ne s'oppose à l'exécution forcée des contrats passés entre époux. Leurs deux patrimoines sont distincts, leurs actions également divisées, ce qui rend l'exercice de poursuites, de voies d'exécution aussi valable que s'il s'agissait de personnes totalement étrangères l'une à l'autre.

B) *Régime dotal.* — Sous le régime dotal qui n'est en somme qu'un régime de séparation de biens avec constitution de dot c'est exactement la même chose ; à faire remarquer seulement que l'exercice des obligations contractées par la femme ne pourra pas être poursuivi sur ses biens dotaux mais seulement sur ses biens paraphernaux, dont elle a l'administration personnelle.

C) *Régime de la communauté et sans communauté.* — Sous tout autre régime, en particulier sous le régime de la communauté et le régime exclusif de communauté, où le mari a l'administration des biens de la femme et la jouissance de ces mêmes biens, des voies d'exécution seront-elles possibles ?

Mari créancier. — D'abord en ce qui concerne le mari créancier de sa femme pourra-t-il durant le mariage poursuivre ses droits sur les biens de celle-ci ? Pour rester dans les limites des principes posés par le législateur, il nous semble que non, on ne peut être en même temps administrateur des biens d'une personne et son adversaire tout ensemble,

c'est-à-dire poursuivant et poursuivi; or, dans le cas présent le mari créancier est adversaire de la femme débitrice, alors que la loi le place spécialement auprès d'elle comme un défenseur de ses droits; ne serait-il pas choquant de voir le mari poursuivre pour son propre compte la saisie de biens qui sont mis sous sa vigilance; aucun texte d'ailleurs ne permet au mari (même comme administrateur) de faire vendre les biens propres de sa femme pour payer ses dettes (v. art. 1428) : le mari ne pouvant aliéner les immeubles de sa femme sans son consentement. D'ailleurs on pourrait trouver là le bien-fondé de ce raisonnement : l'article 1478 qui renvoie après la dissolution de la communauté le règlement des créanciers que l'un des époux peut avoir contre l'autre, absolument comme les articles 1433 et 1477 renvoient aussi après la dissolution de la communauté le règlement des indemnités que les époux peuvent devoir à la communauté et réciproquement (1). La conclusion de ceci est que le mari doit être écarté qu'il soit administrateur des biens de sa femme ou son créancier et l'exercice des actions, qui sont nées des obligations qu'il a passées avec elle durant le mariage reportées à la dissolution de la communauté ou à la séparation de biens. En cela du reste nous n'appliquons que la loi elle-même dans les articles 1433, 1437, 1510, 1513.

1. AUBRY ET RAU, n° 512, t. V, p. 372.

D'ailleurs la position privilégiée du mari comme administrateur et chef de l'union conjugale est incompatible avec celle qui le rejeterait, comme créancier exécutant dans une situation inférieure (1).

Femme créancière. — En ce qui concerne la femme la solution de la question n'offre aucun doute : sous le régime de la communauté et régimes similaires, l'épouse n'a pas l'exercice de ses actions (art. 818, 1428) ; elle ne pourra alors pratiquer une saisie contre son mari. D'ailleurs admettre le contraire serait tenter à la puissance maritale elle-même et je ne crois pas que l'affirmative ait été jamais soutenue : La femme est suffisamment soutenue par son hypothèque légale (2121), la suspension de la prescription entre époux (2253). D'ailleurs la femme a la suprême ressource de la séparation de biens et nous retombons dans le cas expliqué plus haut. Enfin les créances du mari contre sa femme sont suffisamment protégées par le pouvoir que celui-ci a, d'empêcher son insolvabilité future en lui refusant son autorisation pour passer de nouveaux contrats, de même que la justice refuserait à la femme son

1. Par un biais habile, M. Demolombe soutient la théorie contraire : dans sa qualité d'administrateur il trouve au mari le droit d'agir pendant le mariage et essaie de rendre efficaces les poursuites à la requête du mari : DEMOLOMBE, *Mar*, II, n° 245, p. 297.

autorisation si elle se trouvait déjà sur le chemin de l'insolvabilité.

Concluons donc que sous le régime de la communauté et le régime exclusif de communauté les époux n'ont pas le droit de poursuivre immédiatement l'un contre l'autre l'exécution des contrats qu'ils ont valablement passés, ils doivent attendre la dissolution du mariage où la séparation de biens ; tandis que sous tous les autres régimes ils peuvent exercer l'un contre l'autre les voies d'exécution que la loi met à la disposition de créanciers et débiteurs pour l'exercice de leurs droits.

TROISIÈME PARTIE

DES CONTRATS LES PLUS FRÉQUENTS ENTRE ÉPOUX

Dans la deuxième partie de cet ouvrage, nous avons essayé de nous tenir, conformément à l'esprit du Code, dans la sphère des généralités, et avons conclu à la capacité générale pour les époux de contracter entre eux. Dans cette troisième partie, celle qui va suivre, nous devons examiner sous un jour plus particulier la question et rentrer dans le détail des contrats qui nous ont paru les plus usuels entre conjoints. Pour cela nous passerons en revue les principaux contrats prévus par le Code civil en nous demandant si tel ou tel est permis ou prohibé et à quelles conditions. Peut-être pour être complet eût-il été nécessaire de parler du remploi, et du rétablissement des conventions matrimoniales après la séparation de biens, mais, ne voulant pas sortir des limites de ce sujet, qu'il nous suffise de faire remarquer ici que

ces arrangements, ces traités entre gens mariés ont des affinités très proches avec le contrat de mariage que nécessairement nous avons exclu de ce travail ; de même nous ne parlerons pas de l'article 1431 qui permet aux époux de s'obliger l'un pour l'autre, ainsi que de la loi du 23 mars 1855 qui autorise la femme à céder son hypothèque légale ou y renoncer dans l'intérêt des créanciers de son mari, ce sont là des contrats avec des tiers plutôt que des conventions entre époux, car si la femme est capable de s'obliger en même temps que son mari, cela ne veut pas dire qu'elle soit capable de contracter avec lui (1).

Nous diviserons donc cette troisième partie en plusieurs chapitres où nous exposerons les règles particulières de chacun des contrats suivants qui nous ont semblé les plus usuels entre époux.

Vente. Échange. Louage. Société. Mandat. Prêt. Cautionnement. Transaction. Hypothèque.

1. V. Planiol. *Revue critique*, 1888, p. 278.

CHAPITRE PREMIER

DE LA VENTE ENTRE ÉPOUX

Le contrat de vente entre époux a été expressément prévu par le Code civil dans l'article 1595. Cet article le prohibe indirectement puisqu'il ne fait que d'énoncer les cas dans lesquels il est permis. Cette prohibition est formulée en ces termes : « Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants :

« 1° Celui ou l'un des deux époux cède des biens
« à l'autre séparé judiciairement d'avec lui en paiement de ses droits.

2° Celui où la cession que le mari fait à sa femme,
« même non séparée, a une cause légitime, telle que
« le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers
« à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers
« ne tombent pas en communauté ;

« 3° Celui où la femme cède des biens à son mari
« en paiement d'une somme qu'elle lui aurait pro-

« mise en dot et lorsqu'il y a exclusion de communauté ;

« Sauf, dans ces trois cas les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect. »

Motifs de la prohibition. — Nous avons vu que les partisans de l'incapacité des époux de contracter ensemble se sont servis de cette disposition expresse mais particulière de la loi pour essayer de faire triompher leur système : nous avons vu ce qu'il fallait penser d'un tel argument.

Dans l'ancien droit la vente était également prohibée entre époux, mais pour un motif beaucoup plus fort que celui ou plutôt ceux pour lesquels la disposition traditionnelle du droit a survécu (1). Dans ce temps-là les donations entre mari et femme étaient interdites ; la vente par ce motif seul ne pouvait être permise ; cela est évident (voir Dumoulin sur l'article 156, *Anc. cout. de Paris*, n° 5) (Pothier, *Donat. entre mari et femme*, n° 78). Puisque ces mêmes donations sont permises actuellement sous l'empire de notre droit civil, une première question se pose naturellement : quels sont les motifs qui ont poussé le législateur à poursuivre ce qu'avait déjà fait l'ancien droit ? Certes il faut des raisons bien puissantes.

1. Ces raisons avaient même comme nous l'avons déjà vu déterminé plusieurs de nos anciennes coutumes à prohiber absolument tout contrat entre époux (Normandie 410, Nivernais, chap. XXVIII, art. 27. Bourbonnais, art. 226).

tes en face d'un contrat aussi usuel que l'est la vente. Portalis, au Corps législatif, le 7 ventôse an XII, a donné plusieurs motifs de cette prohibition :

« Le projet, dit-il, restreint la faculté de vendre et d'acheter entre époux, on a craint avec juste raison les abus que le mari peut faire de son autorité et celui qui aurait sa source dans l'influence que la femme peut se ménager par les douces affections qu'elle inspire. Entre personnes si intimement unies, il serait à craindre que la vente ne masquât presque toujours une donation... De plus le mari est chef de la société conjugale, il est l'administrateur des intérêts communs, la femme ne peut faire aucun acte sans son autorisation, pourrait-on se promettre que la même personne sût concilier l'intérêt exclusif et personnel d'un contractant avec la sage vigilance d'un protecteur ? Il répugne que l'on puisse à la fois être juge et partie : « *nemo potest esse auctor in rem suam* », or quand on autorise on est juge et partie quand on traite. On peut comme partie chercher son bien propre et particulier, comme autorisant on ne doit travailler qu'au bien d'autrui (1). »

Il est à remarquer que ces motifs allégués par Portalis n'ont rien de spécial à la vente et peuvent s'appliquer à tous les contrats entre époux : nous

1. LOCRÉ, *Législ. civile*, XIV, p. 148.

les avons déjà réfutés dans notre deuxième partie : Et si d'autres contrats sont permis entre époux, pourquoi la vente ferait-elle exception ? Je sais bien que l'on a découvert par devers l'article 1595 d'autres raisons différentes de celles qu'exposait Portalis, on a invoqué la révocabilité des donations, la quotité disponible entre époux ; sous le couvert d'une vente les époux auraient pu faire une donation irrévocable ou dépassant la quotité disponible ; enfin les ventes entre époux auraient permis à l'un d'eux au moyen d'une vente fictive de ses biens à son conjoint de soustraire ceux-ci à l'action de ses créanciers, la fraude aurait été difficile à prouver et l'application de l'article 1167 quasi-impossible (1).

Inutilité de l'article 1595. — Il semble qu'aucun de ces motifs ne vaille l'ancien. Dès lors pourquoi ne pas rayer de nos lois l'article 1595 ; car il ne faut pas se le dissimuler, il n'a été jeté là que par craintes de fraudes, de libéralités sous forme de vente. Les héritiers à réserve, l'époux donateur, les créanciers n'auraient qu'à prouver l'intention frauduleuse. Tous sont suffisamment armés (art. 1099... l'act. paulienne art. 1167), en prouvant le but libéral de l'opération, telle serait là l'application ordinaire des principes généraux sur la preuve : « actori incum-

1. Voir: Laurent, t. XXIV, n° 32. Baudry et Saignat, n° 201. Planjol, *Dr. Civil*, t. II, n° 1494 et suiv.

bit probatio » et cela ne serait pas sans utilité pratique.

Utilité pratique de la vente entre époux. — Pourquoi empêcher un mari, un commerçant par exemple, de vendre à sa femme un de ses immeubles, s'il a besoin de capitaux, lorsque celle-ci a de l'argent liquide, et s'il y a là un placement convenable et avantageux pour lui. Qu'on ne m'objecte pas la puissance maritale, en cas de contestation il y a les tribunaux et puis on pourrait pour plus de précautions exiger l'autorisation de justice.

Quoi qu'il en soit la règle formulée dans l'article 1595 est générale et absolue (1) : la prohibition est complète sauf toutefois les trois exceptions précitées.

1. La prohibition de l'article 1595 n'a trait qu'à la vente volontaire entre conjoints. En effet le législateur n'a voulu prévenir que celle-ci à cause des dangers qu'elle présente soi-disant. Elle ne pouvait donc faire obstacle à l'adjudication qui aurait lieu si ce même époux se rendait adjudicataire d'un immeuble appartenant à son conjoint et qui serait vendu sur saisie des créanciers de celui-ci. Et cela parce que les motifs de la prohibition n'existent plus : plus de donations déguisées, plus de fraude à craindre entre les créanciers : En ce sens, Rouen, 7 mars 1892, S., 1893.2.78 ; Baudry et Saignat, n° 202. Mais si la vente est permise entre époux lorsqu'elle a lieu sur saisie, elle est cependant prohibée lorsqu'elle a lieu par adjudication devant notaires, car c'est une vente volontaire. Paris, 9 juillet 1895, S., 98.2.17.

« Le projet de loi, disait Portalès, reconnaît qu'il est des circonstances dans lesquelles il est permis entre époux de vendre et d'acheter, ces circonstances sont celles où le contrat est fondé sur une juste cause et où il a moins le caractère d'une vente proprement dite que celui d'un paiement forcé ou d'un acte d'administration (1). » Cette vente dans les différents cas exceptionnels visés par la loi est donc légitimée par un motif de raison. D'ailleurs ces mêmes cas exceptionnels ont un caractère commun : l'article 1595 suppose l'existence entre les époux antérieurement à la vente d'une créance, l'époux autorisé à vendre est débiteur de son conjoint. Ici donc plus de fraudes à redouter : il vaut mieux laisser l'époux débiteur céder son immeuble à son conjoint plutôt que de le forcer à le vendre à un tiers pour payer le même conjoint. Ainsi les biens restent dans la famille et l'on entrevoit l'utilité pratique considérable attachée à ces exceptions : « Si l'un des époux, disait le tribun Grenier, devait quelque somme à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, si un mari devait à sa femme un remploi de ses immeubles qui auraient été aliénés ou d'une somme à elle appartenant, ces immeubles ou cette somme ne tombant pas en communauté ; si enfin la femme se voyait hors d'état d'effectuer le paiement d'une

1. Locré, *loc. cit.*

somme qu'elle aurait promise en dot à son mari lorsqu'il y a exclusion de communauté, pourquoi dans ces trois cas aurait-on interdit une vente entre époux ? Comme ces créances sont légitimes et exigibles, il serait injuste d'empêcher une libération par la voie de la vente. Il serait dur pour des époux d'être forcés de vendre leurs biens à des étrangers, pour se faire respectivement raison de leurs droits et de se priver de la douceur de les conserver pour eux et pour leurs enfants quelque soit celui d'entre eux sur lequel la propriété réside (1). »

Les exceptions de l'article 1595 sont des dations en paiement. — De cela il résulte que les trois exceptions énumérées par la loi dans l'article 1595 ne sont pas des ventes, mais des dations en paiement ; les documents des travaux préparatoires précédemment cités, les auteurs, la jurisprudence reconnaissent ce caractère commun aux trois exceptions de l'article 1595 ; selon Porlatis, en effet : « Le contrat a moins le caractère d'une vente proprement dite que celui d'un paiement forcé ou d'un acte d'administration. » D'ailleurs au texte de la loi nous ne rencontrons que les mots cession... cède..... Il est vrai qu'on pourrait objecter la place de l'article 1595 au titre de la vente et les premiers mots de l'article ; le contrat de

1. Discours au Corps législatif. Fenet, t. XIV, p. 191. Cf. Guillouard, t. I, n° 149.

venté ne peut... etc... mais ne peut-on pas répondre que la loi romaine assimile la dation en paiement à la vente : les deux opérations étaient confondues à cette époque : « Dare ni solutum est vendere » (1). De nos jours encore le Code de commerce dans l'article 446 nous parle aussi d'un paiement par vente, or, qu'est-ce là, sinon une dation en paiement ?

Différence unique entre la vente et la dation in solutum. — D'autre part il n'y a plus actuellement qu'une différence à signaler entre la vente et la dation en paiement : la vente fait naître une créance, la dation l'éteint, c'est un paiement : par exemple, si une personne se croyant débitrice d'une autre, donne son immeuble à cette dernière en paiement, et qu'elle s'aperçoive ensuite qu'elle ne devait rien, si elle veut répéter son immeuble, elle le pourra, puisqu'il y a dation en paiement et qu'elle n'a jamais cessé d'en être propriétaire ; au contraire s'il y avait vente, cette personne serait simplement créancière du prix, mais ne pourrait répéter son bien puisqu'elle n'est plus propriétaire ; la découverte de l'absence de dette à éteindre donne donc lieu à l'action en restitution de la chose dans un cas, à l'action en paiement d'une somme d'argent dans l'autre.

A part cette différence essentielle, la dation en paiement et la vente produisent les mêmes effets : « La

1. Code, l. VIII, tit. 44.1.4. Cf. Pothier, *Vente*, n° 600.

dation en paiement, dit M. Planiol, ressemble beaucoup à une vente, les choses se passent comme si le débiteur vendait son bien à son créancier pour un prix égal au montant de sa dette; le créancier devient propriétaire du bien et la dette s'éteint par compensation avec le prix sans déplacement d'argent de part, ni d'autre. Le résultat pratique est donc le même (1). »

L'opération juridique autorisée par l'article 1593, paragraphes 1, 2, 3, est donc une véritable dation en paiement qui produit d'ailleurs les mêmes effets qu'une vente, à part la différence signalée plus haut. Elle est notamment translatrice de propriété à quelque titre que le transfert s'opère, elle entraîne enfin la nécessité de la transcription chaque fois qu'elle a un immeuble pour objet (2).

Cas exceptionnels de vente entre époux.

A). — *Première exception.* — Le premier cas de vente ou plutôt de dation en paiement exceptionnellement permis entre époux est celui où *l'un des deux époux cède des biens à l'autre séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits.* Cette première

1. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 554.

2. MM. Troplong, *Transcription*, n° 62 ; Mourlon, *Revue pratique*, t. II, p. 354.

exception ne donne pas lieu à beaucoup de difficultés ; la loi suppose en effet deux époux séparés de biens judiciairement, une liquidation doit intervenir le plus tôt possible (art. 1444 C. civ.) : si après celle-ci il y a un reliquat de comptes à la charge de l'un des conjoints, l'époux débiteur peut céder à l'autre époux créancier certains de ses biens en paiement de sa dette. Cette cession sera valable que ce soit l'un ou l'autre des deux époux, le mari ou la femme, qui l'ait faite, mais sous les deux conditions réunies : de 1^o séparation de biens (ou séparation de corps qui entraîne la séparation de biens) ; 2^o que l'époux cédant soit effectivement débiteur de son conjoint.

Motifs de l'exception. — Quels sont les motifs qu'a pu avoir le législateur pour admettre cette exception au principe posé par l'article 1595 ? La réponse ne saurait être douteuse, la dation en paiement est en pareil cas utile et sans danger : il y a séparation de biens, par conséquent deux patrimoines distincts ; l'époux qui plaide en séparation, soit de corps, soit de biens n'a plus de ménagements à garder et il pourrait procéder par voie de saisie pour obtenir son paiement : celle-ci est toujours regrettable, périlleuse et désavantageuse ; l'exception de l'article 1595 lui évite de recourir à ce moyen excessif en cédant son bien en paiement à son conjoint. D'ailleurs, sans aller jusqu'à la saisie, l'époux débiteur pour payer son conjoint serait de toute façon obligé

de se défaire de son bien en le vendant peut-être à vil prix à un étranger pour se libérer avec l'argent provenant de la vente ; mieux vaut que l'époux cède son bien en paiement à son conjoint plutôt que de le vendre à un tiers (1).

La loi exige donc que la séparation de biens soit prononcée ; si donc le paiement avait lieu avant ce jugement, au cours du procès par exemple, la cession serait frappée de nullité, car cette vente précipitée aurait ou pourrait avoir pour but de frauder les créanciers. Un arrêt de la cour de Grenoble du 1^{er} juin 1865 (2) a reconnu la validité d'une cession de biens entre époux faite antérieurement au jugement de séparation mais sous la condition suspensive que la séparation, de biens serait prononcée. Cette condition suspensive fut validée, car l'article 1595 ne limite pas les modalités dont peuvent être susceptibles les cas de dation et rien n'empêche d'appliquer ici le droit commun. Mais les tribunaux n'ont jamais voulu appliquer l'article 1445 du Code civil (rétroactivité du jugement de séparation de biens) pour ne pas ouvrir libre entrée à la fraude et permettre à la femme d'acquérir des biens soustraits aux autres créanciers (Cassat., 1^{er} juillet 1873, S., 1873.1.320, en ce sens Laurent, t. XXIV, n° 34 ; Guillouard, t. I, 151).

1. En ce sens Laurent t. XXIV, n°s 33 et suiv.

2. S., 65.2.232.

Sanction d'une vente prohibée. — En supposant que les époux aient fait une vente ou une dation en paiement prohibée les créanciers pourront l'attaquer par l'voie de l'action en nullité ; mais si la cession a eu lieu en fraude de leurs droits et a influé sur l'insolvabilité de l'époux cédant, tandis que l'époux cessionnaire se serait rendu coupable de la fraude, dans le cas bien entendu d'une cession permise, l'action paulienne deviendrait la seule ressource des créanciers. D'ailleurs la fraude se présentera souvent ici et les créanciers feront bien d'examiner l'acte et voir s'il n'est pas frauduleux. S'ils réussissent à prouver la fraude l'acte devra être annulé purement et simplement pour le tout (1) et non pas seulement pour ce qui excède la créance de la femme. En cela nous n'appliquons que le principe : « *fraus omnia corrumpit* » qu'a reproduit sous des termes différents l'article 1131 « l'obligation... sous une cause illicite ne peut avoir aucun effet » (2).

Disons enfin que le paiement dont il s'agit peut être indistinctement fait par la femme ou par le mari. Le plus souvent il sera fait par ce dernier, car c'est la femme qui sera généralement créancière, mais rien n'empêche que ce soit la femme qui le fasse en supposant par exemple que le mari ait fait des amé-

1. Cassat., 18 février 1878. D., 78.1, 291.

2. Cass., 28 novembre 1855. D., 56.1, 919.

liations ou des constructions sur les biens de sa femme ou que celle-ci n'ait pas versé à la communauté une somme qu'elle devait y apporter. Nous ne retrouverons pas dans les deux autres exceptions au principe de l'article 1595 ce caractère particulier à la première exception. Dans les deux exceptions qui vont suivre le droit de vendre n'appartient, en effet, qu'à l'un des deux époux, tandis qu'il est réciproque dans la première exception. Cependant l'époux débiteur peut, pour s'acquitter, céder à son conjoint des biens quelconques meubles ou immeubles, la loi ne faisant pas de distinction et cela est commun aux deux hypothèses que nous allons maintenant envisager (1).

B) Deuxième exception. — Le deuxième cas où la prohibition de l'article 1395 n'existe pas est celui « où la cession que le mari fait à la femme, même « non séparée à une cause légitime, telle que le emploi de ses immeubles, aliénation de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté. »

Voici l'hypothèse prévue par le texte, le mari a aliéné un bien appartenant à sa femme et n'en a pas encore effectué le emploi. Il est donc débiteur de ce chef envers sa femme. Au lieu d'acheter un immeuble à un étranger, dans le but d'effectuer le

1. Laurent. En ce sens, I, 24, n° 33.

remploi, il peut alors offrir à sa femme, et celle-ci peut l'accepter, la dation en paiement d'un bien à lui appartenant, il importe peu du reste que le emploi soit obligatoire ou facultatif la loi ne faisant pas de distinction (1).

Condition de l'exception. — Cette deuxième exception, comme je le faisais remarquer précédemment, ne permet que la vente ou plutôt la dation en paiement faite par le mari à la femme, excepté bien entendu le cas prévu par le même article alinéa 3. En effet il était tout à fait inutile d'autoriser une cession de la part de la femme, l'hypothèse où elle serait débitrice de son mari avec cause légitime se présentant peu souvent (2). D'ailleurs on ne pourrait manquer de suspecter les époux d'avoir préparé une vente sous forme de dation en paiement sans qu'il y ait véritable cause légitime. C'est pourquoi le législateur n'a pas voulu insérer dans la loi le point qui nous occupe.

Cause légitime. — La deuxième condition exigée par la loi pour que la cession soit valablement faite par le mari en dehors de toute séparation n'existe que dans le cas où la cession aura une *cause légitime* et la loi cite deux cas où celle-ci sera valable

1. En ce sens, Laurent, t. XXIV, n° 36.

2. Voir. Colmet de Santerre, t. VII, n° 20 *bis*; Laurent, t. XXIV, n° 35.

(remploi d'immeubles ou emploi de deniers). Il est à remarquer que ces deux cas ne constituent nullement une énumération limitative ; mais ne sont mis là qu'à titre d'exemple ; cela résulte de l'expression « telle que » qui précède l'indication des deux hypothèses du texte. Donc il peut se présenter des hypothèses en dehors des deux précédemment citées, qui seront valables du moment que la vente a une cause légitime. Or quand celle-ci aura-t-elle une cause légitime ? Cette question est vivement controversée. D'après la thèse de la Cour de cassation et la majorité des arrêts de Cours d'appel (1) il n'y a cause légitime que si la créance de la femme est exigible et susceptible de donner lieu immédiatement à une créance contre le mari. C'est une garantie de plus contre les avantages déguisés entre époux que le législateur a voulu prévenir, mais n'est-ce pas ajouter au texte et à l'esprit de la loi ?

L'article 1595 cite deux cas de remploi le premier d'immeubles, le second de deniers, si le remploi est prescrit par le contrat de mariage la dette sera exigible et il y aura cause légitime ; si au contraire le contrat de mariage est muet sur ce point, il n'y aura

1. Voici en ce sens Bordeaux, 1^{er} décembre 1829 ; Poitiers, 4 août 1863, S., 65.2.203 ; Dijon, 5 août 1874, D., 77.2.469 ; Chambéry, 21 février 1876, S., 76.2.143 ; Alger, 6 mars 1882, S., 84.2.137.

pas exigibilité, de sorte que dans ce dernier cas il faudra annuler la cession (1). Pourtant par la généralité de ses termes le paragraphe 2, article 1595 comprend tout aussi bien les emplois non prévus au contrat de mariage que ceux qui y ont été prévus ; là où le législateur ne distingue pas, pourquoi le juge le ferait-il ? Le législateur n'a voulu qu'une chose prévenir les avantages indirects entre époux et assurer autant que possible le respect des dispositions par lui prises au titre des donations entre époux, les créanciers étant protégés par l'article 1167. Partant de là reprenons les deux hypothèses prévues par le paragraphe 2 de l'article 1595. Si le emploi est prescrit il y aura exigibilité, dans le cas contraire acte d'administration de la part du mari qui fera une cession de biens à sa femme en emploi de deniers qui lui sont propres et dont il est comptable envers elle (2). En résumé dès que la créance de la femme est certaine la cession a une cause légitime. Cette façon d'interpréter la loi dérive de la pensée du législateur, la seule énonciation des deux exemples de la loi le prouve suffisamment. Dès lors les juges devront s'en tenir à cette explication et non pas s'inspirer de leur appréciation personnelle, sinon ce serait détruire le

1. Besançon, 15 juin 1887, S., 82.2.127.

2. En ce sens Cassat., 16 novembre 1859, 9 mars 1837.

principe de la prohibition de la vente entre époux posé par l'article 1593 (1).

Pour nous résumer il faut donc pour qu'il y ait une cause légitime à la vente entre époux plusieurs conditions nécessaires à sa validité : 1°. Que le mari soit débiteur de sa femme et la dette préexistante à la vente (2). 2° Que le mari soit débiteur envers sa femme de sommes susceptibles d'un remboursement actuel. Ainsi sous le régime dotal le mari ne peut opérer la restitution de la dot qu'à la dissolution du mariage ou après la séparation de biens ; le remboursement de la dot que le mari voudrait faire en numéraire ne le libérerait pas, à plus forte raison une dation en paiement, celle-ci manquerait dans cette hypothèse de cause légitime (3). Pothier considérerait également cette remise en paiement de la dot comme nulle. Cette hypothèse est également applicable au régime de la communauté, car la dot sous ce régime n'est pas plus restituable avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens. 3° Enfin que la créance de la femme soit exigible : telles sont les trois conditions nécessaires à la validité de l'hypo-

1. Troplong, t. I, n° 180. Aubry et Rau, 4^e Édit., t. IV, par. 354. Baudry, n° 212.

2. Huc, t. X, n° 42 :

3. Grenoble, 24 janvier 1826. D., 1826.2.135. — Nîmes, 9 janvier 1882. D., 83.2.253. — Cassat., 14 novembre 1904. D., 1905.1.102.

thèse prévue par l'alinéa 2 de l'article 1595. Disons enfin que la loi suppose dans cette deuxième exception le régime de communauté, mais elle parle sous le *plerumque fit*, car il est certain que cette dation en paiement peut avoir lieu sous n'importe quel régime (1).

c) *Troisième exception.* — La troisième exception est celle où la femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot et lorsqu'il y a exclusion de communauté (art. 1595, 3°).

Remarquons tout d'abord que cette troisième exception est spéciale à la femme, la raison en est bien simple, si la femme peut promettre une dot à son mari, celui-ci ne promet rien à sa femme ; s'il est doté, c'est lui qui garde et administre la dot sans être obligé de la restituer à sa femme. Il n'y a donc pas lieu de sa part à dation en paiement de ce chef (2).

Quelle est l'hypothèse prévue par la loi dans le paragraphe 3 de l'article 1595, la voici dans toute sa simplicité : la loi suppose la femme mariée sous un régime exclusif de communauté, elle a promis une dot à son mari ; cette dot pour une raison ou pour une autre est restée impayée ; il lui est bien plus

1. Bordeaux, 1^{er} décembre 1829. S., 30.2.66. *Contra* Grenoble, 8 mars 1831. S. 32.2.55.

2. Laurent, en ce sens, t. 24, n° 39.

simple de lui permettre de céder un bien à son mari que de l'obliger à vendre un de ses biens personnels à un étranger pour se procurer de l'argent avec lequel elle désintéresserait le mari.

Cette cession n'est permise que s'il y a exclusion de communauté entre les époux : « lorsqu'il y a exclusion de communauté » dit la loi. Le commentaire de cette phrase a donné lieu à des difficultés.

Les uns ont soutenu que la troisième exception ne s'appliquait qu'au régime dotal, d'autres à tous les régimes autres que la communauté : Au régime sans communauté, au régime de séparation de biens et au régime dotal.

On conçoit très bien que la loi n'ait pas accordé ce bénéfice à la femme mariée sous le régime de la communauté, car le bien cédé serait tombé dans la communauté et le mari eût été par là même dispensé de rendre la moitié de la dot et se serait trouvé enrichi ainsi aux dépens de sa femme : « Une telle vente, dit Troplong, n'est permise qu'autant que les époux ne sont pas en communauté, car autrement remplacer une somme peut-être irrécouvrable entrée en communauté, par un immeuble qui n'y entre pas de droit, ce serait faire un avantage et non pas une vente (1). » D'ailleurs sous le régime de la communauté légale la cession est impossible : la femme met

1. Troplong, *Commentaire du titre de la vente*, t. I, n° 181.

en communauté son mobilier présent et futur et les revenus de ses propres, mais ne promet rien à son mari ; il n'y a donc pas lieu à dation en paiement. M. Colmet de Santerre a soutenu que la cession serait possible lorsque les époux sont mariés, sous le régime de la communauté conventionnelle, car, dit-il ce n'est pas le texte qui s'oppose à l'emploi de ce procédé de libération, car le bien cédé, le propre a été par la convention expresse ou tacite des parties mis hors de la communauté ; il y a donc exclusion de communauté, et c'est tout ce qu'exige l'article (1). » Ce système est inadmissible, car la loi ne parle pas du bien donné en paiement de la dot promise, mais la loi parle de l'exclusion de communauté, or celle-ci n'est exclue que sous l'un des trois régimes : Régimes sans communauté, de séparation de biens ou régime dotal.

Sous le premier la *datio in solutum* aura une utilité (quoique le mari ait sous ce régime l'administration et la jouissance de tous les biens de sa femme), c'est de rendre le mari propriétaire du bien cédé, dont il pourra disposer comme il l'aurait fait des deniers promis en dot qui ne lui ont pas été versés. Sous le régime de séparation de biens la femme a pu promettre au mari une dot dont les revenus représentent la part de contribution de la femme

1. Colmet de Santerre, t. VII, n° 21 *bis*.

dans les charges du ménage. Le mari en sera alors quasi-usufrutier, et pourra en faire tel usage qu'il voudra. De même si la femme cède un de ses biens en paiement le mari en deviendra propriétaire et pourra en disposer. Quant au régime dotal il est aussi compris dans les termes de l'article 1595 (3°), car sous ce régime il n'y a pas de communauté non plus entre époux. Si la femme n'a pas versé la dot promise elle pourra se libérer en cédant à son mari un paraphernal ou même un bien dotal mais aliénable, le bien ne sera pas dotal, le mari en deviendra néanmoins propriétaire comme en cas de séparation de biens (1).

Réserve du Droit des héritiers.

Nous venons d'examiner les trois exceptions apportées par l'article 1595 au principe de la prohibition de la vente entre époux. Nous devons maintenant examiner le dernier alinéa de cet article qui est ainsi conçu : « Sauf dans ces trois cas les droits des héritiers des parties contractantes s'il y a avantage indirect ». Ici encore, même dans les cas prévus par la loi, celle-ci craint que l'opération ne cache une libéralité ; nous retrouvons donc dans ce dernier paragraphe l'éternelle préoccupation du législateur en matière de contrats entre époux : sauvegarder les

1. Voir Colmet de Santerre, t. VII, n° 21 *bis*, III Sur l'application du 3° (art. 1595), à ces trois régimes.

intérêts des héritiers réservataires. Si l'on se reporte à l'article 1099 on y voit la même sanction, mais dans la disposition qui nous occupe il ne saurait y avoir donation déguisée, car alors le contrat ne serait pas sincère : il faut donc supposer que les époux ont fait un contrat de vente sérieux autorisé par l'article 1593, seulement l'objet vendu a été estimé au-dessous de sa valeur réelle, de sorte qu'il en résulte un avantage au profit de l'autre conjoint ; cet avantage gratuit a entamé la réserve, les héritiers réservataires peuvent alors demander la réduction ; car il y a libéralité indirecte dépassant la quotité disponible entre époux ; c'est le cas d'appliquer notre principe et de dire que le contrat sera valable, mais sera réduit. Ce n'est là, du reste, que l'application du droit commun qui ne donne aux héritiers réservataires aucun droit spécial. Enfin, il ne faut admettre que les seuls réservataires à exercer cette action ; quoique la loi ne se soit servie que du seul terme « héritiers » : « La loi, dit M. Laurent, ne limite les libéralités que dans l'intérêt des héritiers à réserve, à l'égard des autres héritiers tout est disponible, il n'y a donc pas à distinguer à leur égard entre les avantages directs et les avantages indirects, leur auteur peut tout donner sous forme de vente, comme sous forme de donation (1). » Le mot réservataire doit

1. Laurent, 24, p. 51, n° 40.

done être ici sous-entendu (1). En effet, la quotité disponible spéciale établie par les articles 1094-1098 n'est établie qu'au regard des héritiers réservataires, eux seuls peuvent invoquer l'article 1099 et par conséquent l'article 1595, dernier alinéa ; ils peuvent enfin seuls critiquer la dation en paiement du *de cuius* en tant qu'elle outrepassé la quotité des articles 1094 et 1098. Quelques auteurs, et notamment M. Colmet de Santerre (T. VII, n° 22 *bis*), donnent le droit d'attaquer la vente à tous les héritiers indistinctement ; en cela ils font une erreur manifeste dans la manière d'apprécier la libéralité indirecte, ils rangent ce que nous avons convenu d'appeler libéralité indirecte dans la classe des libéralités déguisées et ils leur appliquent de cette façon la nullité et non pas la réduction (2).

Effets de la vente entre époux. Sanction de la prohibition. — Examinons maintenant quel sera le sort d'une vente faite par l'un des conjoints à l'autre et conclue au mépris de l'article 1595, en dehors bien entendu des trois exceptions posées par cet article.

Le texte ne prononce pas de sanction à la règle qu'il pose et que nous avons examinée plus haut. Une controverse ne pouvait donc manquer de naître à ce sujet.

1. Aubry et Rau. T. V, p. 35, texte et note 29.

2. Dans le même sens, Troplong.

Opinion de Touillier. — D'après Touillier (1) la vente entre époux, comme tout autre contrat défendu, est valable, mais elle vaut alors comme donation déguisée, pourvu que le conjoint qui l'a faite ne l'ait point révoquée avant sa mort, une telle vente ne serait pas nulle, mais seulement réductible, car dit-il, l'interprète n'a pas le droit de créer des nullités, droit qui n'appartient qu'au seul législateur. Si celui-ci n'a pas prononcé la nullité, c'est parce qu'il savait que les ventes entre époux quand elles n'ont pas une cause bien connue sont considérées comme des donations déguisées et que les donations directes ou déguisées entre époux ne sont pas nulles, mais seulement révocables. Touillier dans sa théorie semble oublier l'intention des parties contractantes: *l'animus donandi* ne saurait se présumer car les époux le plus souvent n'auront pas l'intention de faire une libéralité à l'un d'eux, mais seulement de tirer un avantage du contrat.

Système de Troplong et Duvergier. — Cette opinion n'est pas plus admissible que la suivante, celle de M. Troplong (2) et Duvergier (3) : les auteurs distinguent si les époux ont voulu faire une vente sérieuse. Elle sera nulle (art. 1595) ; si au contraire leur opération cache une donation déguisée, celle-ci

1. Touillier, XII, 41.

2. *Vente*, sur l'art. 1595.

3. I, n° 183.

sera valable, mais *révocable* et *réductible* : « Il peut arriver dit M. Troplong, que les époux aient entendu dissimuler sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux une véritable donation ; nul doute qu'un tel acte ne vaille dans les limites et avec les conditions assignées par l'article 1096. Mais il peut arriver aussi que les époux aient entendu faire une vente dégagée de tout esprit de donation, soit qu'ils aient voulu terminer de bonne foi des arrangements de famille, soit qu'ils aient cherché des moyens pour soustraire aux recherches des créanciers du vendeur des biens dont la saisie est imminente. Comment dans un cas pareil, qui, il faut le dire, est le plus fréquent, pourrait-on maintenir comme donation un acte où la volonté de donner ne serait pas intervenue ? Le sentiment de M. Toullier ne doit donc être admis qu'avec précaution : le juge pèsera les circonstances qui ont présidé à la vente, il s'inspirera de l'intention, de la bonne foi et de la position des parties. »

Réfutation. — Mais, pourrait-on répondre à ces auteurs, il est fort difficile de reconnaître l'intention et la bonne foi des parties : et alors comment savoir, s'il y a vente ou donation ? En vérité nous ne pouvons donc admettre l'une ou l'autre de ces deux théories et nous nous rangerons à l'opinion enseignée par les auteurs les plus récents (1).

1. Duranton, t. XVI, n^{os} 153 et 154. Demolombe, t. IV,

D'après ceux-ci la vente entre époux sauf les trois exceptions de l'article 1595 est nulle dans tous les cas. Et pour cela nous nous baserons sur la forme prohibitive de l'article 1595 : « Le contrat de vente ne peut avoir lieu... » nous nous baserons aussi sur les motifs de la prohibition que nous avons exposés plus haut. Cette nullité sera relative car elle est basée sur l'incapacité des parties (1) (et celle-ci n'entraîne jamais la nullité absolue), l'action en nullité durera donc dix ans (art. 1304), et la prescription ne commencera à courir qu'à la dissolution du mariage (art. 2253) ; l'acte sera susceptible de confirmation après la dissolution dudit mariage : toutes conséquences par application des principes ordinaires.

A quelles personnes appartiendra cette action en nullité ? Etant incapables, l'un de vendre, l'autre d'acheter, la nullité de la vente pourra être invoquée par l'un ou l'autre des deux époux : après leur mort l'action passera à leurs héritiers sans qu'il y ait lieu de distinguer si ce sont des héritiers réservataires.

n° 242. Aubry et Rau, t. IV, p. 351. Laurent, t. XXIV, n° 41. Colmet de Santerre, t. VII, n° 22 *bis*. Planiol, t. II, n° 1496.

1. Jadis la nullité était absolue, car telle était la nullité des donations entre époux. Le donateur pouvait même revendiquer (V. Pothier, *Donat. entre mari et femme*, n° 50). Le changement dans le caractère de la nullité, dit M. Planiol, t. II, n° 1497 peut se justifier par l'adoucissement de la législation en matière de donation entre époux : au lieu de les prohiber la loi moderne les déclare seulement révocables.

res ou non ; l'exercice de l'action étant pour eux un droit pécuniaire, il est évident que ce droit doit passer après leur mort à ces héritiers quels qu'ils soient. Enfin les créanciers des époux pourront conformément au droit commun se prévaloir de la même action en nullité, si l'époux lui-même n'y a pas renoncé, sans avoir besoin de prouver la fraude, condition nécessaire de l'article 1167 puisqu'ils auront à leur disposition l'article 1595 qui annule la vente.

A notre avis, la théorie enseignée par Laurent (t. XXIV, n° 42) et Guillouard (t. I, n° 165) nous semble préférable puisqu'elle n'accorde l'action en nullité qu'à l'époux vendeur, ses héritiers ou ses créanciers, ce qui semble plus conforme à l'esprit de la loi et aux motifs énoncés plus haut, motifs qui n'existent qu'à l'égard de ces personnes seules.

CHAPITRE DEUXIÈME

DE L'ÉCHANGE ENTRE ÉPOUX

Assimilation de l'échange à la vente. — En étudiant les caractères réciproques de la vente et de l'échange on est frappé de la ressemblance qui caractérise ces deux contrats ; on ne peut trouver entre eux plus de grandes analogies, aussi les auteurs du Code ont-ils indiqué dans l'article 1707 que les règles générales prescrites pour la vente seront celles de l'échange. Il semble donc à première vue que ce contrat doive être prohibé entre époux puisque l'article 1595 prohibe la vente entre ces mêmes personnes ; la combinaison des deux articles 1595 et 1707 conduisait donc à cette conclusion : qu'en l'absence de textes autorisant l'échange entre époux, ce contrat doit nécessairement être interdit entre eux.

Nos anciennes coutumes considéraient comme un véritable danger l'inégalité des dons mutuels entre époux ; à une certaine époque on les assimilait à un

véritable échange et l'ancien droit n'avait pas craint d'user de rigueurs toutes particulières envers de pareilles conventions. Actuellement encore, ajoutent les partisans du système assimilant l'échange à la vente, les mêmes raisons générales de prohiber l'échange entre époux existent aussi bien pour ce contrat que pour la vente ; libéralités indirectes, irrévocables, excédant la quotité disponible. Mais ces raisons sont-elles moins fortes pour l'échange, peut-être les époux auront-ils plus de difficultés à se faire au moyen de ce contrat des libéralités dépassant la quotité disponible ; mais ils auront toutes facilités de rendre irrévocable par ce moyen les libéralités qu'ils se feront pendant leur union. A ce titre seul, et en rapprochant l'article 1707 de l'article 1595 il semble que l'échange doit être interdit entre époux (1). Dans ce contrat en effet chacune des deux parties est à la fois acheteur et vendeur ; pourquoi plutôt le permettre par le seul fait que les époux le qualifient du nom d'échange alors que la loi interdit aux deux conjoints de jouer ce rôle (art. 1595). Le Code a certainement voulu établir l'assimilation entre ces deux contrats : « Les règles, dit le tribun Faure, sont presque en tout point les mêmes pour les contrats

1. En ce sens, Pau, 5 janvier 1886. S., 87.2.113. D., 86.2.44. *Contra*: Chambéry, 29 juillet 1872. (*Rec. arrêts Grenoble et Chambéry* 1873, p. 17) où il a été jugé que l'échange entre époux est valable s'il a été fait dans l'intérêt de la famille.

de vente et d'échange, aussi le projet actuel ne contient qu'un très-petit nombre de dispositions ; ce qu'on aurait ajouté n'eût été que la répétition de celles consacrées par la loi sur les obligations conventionnelles en général. » D'ailleurs l'utilité de l'échange entre gens mariés n'existerait, suivant les défenseurs de ce système, pour ainsi dire point ou n'apparaîtra que dans ces cas très rares ce qui semble un dernier motif pour rapprocher encore une fois ce contrat de l'interdiction générale de la vente entre époux : « D'ailleurs, dit M. Bufnoir, il serait imprudent d'autoriser l'échange entre époux sans l'entourer de précautions destinées notamment à empêcher qu'il n'abrite des libéralités irrévocables ; l'échange avec soulte ne présenterait-il pas les dangers de la vente elle-même, la soulte peut n'avoir pas été payée et c'est encore là une donation irrévocable.

De tout cela il résulte donc que les règles prohibitives de l'article 1595 devraient être appliquées à l'échange.

Réfutation. — *Liberté du contrat d'échange entre époux.* — Telle n'est pas la solution que nous croyons devoir donner à la question.

« Dans l'échange, dit M. Planiol, la contre-partie de la chose reçue doit toujours être fournie en équivalent et toute remise simulée est ici impossible : On peut feindre d'avoir reçu de l'argent, car l'argent fuit sans laisser de traces, on ne peut faire le même

mensonge pour un immeuble que l'on n'a pas reçu (1). » Ce contrat ne se prête donc pas aussi facilement que la vente à cacher des libéralités puisque les deux parties livrent en nature, tandis que dans la vente l'une donne en nature, l'autre en argent. Les fraudes vis-à-vis des héritiers et des créanciers seront donc moins à craindre. D'ailleurs le Code laisse au contrat d'échange une liberté plus grande qu'au contrat de vente auquel on prétend l'assimiler complètement : l'article 1555 n'autorise la vente de l'immeuble dotal que dans des cas limitativement désignés par les articles 1558 et suivants tandis que l'article 1559 permet l'échange de ce même immeuble dotal sous la seule condition qu'il y ait utilité dans cette opération : Donc restriction pour la vente, pas de limitation pour l'échange.

D'ailleurs la jurisprudence déclare quelquefois l'échange valable entre époux (2). On peut donc faire remarquer que le renvoi aux règles de la vente est moins général qu'on ne pourrait le croire : « Malgré tout son désir d'assimiler les deux contrats (dit M. Planiol), le législateur n'a pu faire violence ni aux faits ni aux idées », par exemple les articles 1593, 1601, 1602, 1617, sont forcément inapplicables à l'échange, pourquoi donc l'article 1595 ne serait-il

1. Planiol. *Revue critique*, 1888, p. 274.

2. Limoges, 30 décembre 1861. Chambéry, 20 juillet 1872.

pas de ce nombre, aucune raison sérieuse à invoquer : « L'application à l'échange des règles de la vente est donc en dépit de l'article 1707 subordonnée à une identité de motifs ; quand cette identité fait défaut, elle devient impossible. « On peut donc penser que l'hypothèse de l'échange rentre dans les exceptions permises par l'article 1395 : « La loi a permis, dit M. Planiol, la vente dans certains cas, ou plutôt elle a cru la permettre car ce qu'elle autorise ce sont des datations en paiement et non des ventes. Pourquoi s'est-elle relâchée ici de sa sévérité ? C'est que dans les cas prévus par elle, l'échange réel de valeurs est certain : la chose soi-disant vendue est livrée, non pas contre un prix dont le versement pourrait être simulé, mais pour l'extinction d'une dette antérieure et indiscutable. L'époux vendeur qui au lieu de toucher le prix, se trouve libéré de sa propre dette, reçoit donc réellement la contre-partie de ce qu'il donne ; la fraude redoutée devient impossible et l'opération est permise. Or il en est de même dans l'échange, il n'y a aucun doute sur la réalité des prestations réciproques que se sont faites les époux (1). »

Il est vrai que nos adversaires nous objectent encore que la fraude est possible dans l'échange avec soulte, donner quittance de celle-ci sans en toucher

1. Planiol. *Revue crit.*, 1888, p. 274.

le montant et voilà encore une libéralité irrévocable ; mais ce même danger peut aussi bien exister dans les trois cas de dation en paiement de l'article 1595 « car la même inégalité peut se retrouver entre le montant d'une créance et la valeur fournie » mais alors les intéressés n'auront qu'à se prévaloir de l'article 1595 *in fine* : « Sauf les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect. » La seule conséquence de l'assimilation de l'échange à la vente devrait consister dans l'application de cette disposition.

Enfin l'échange peut offrir entre époux des avantages pratiques considérables qui sont d'ailleurs les mêmes que ceux qui sont attachés en général à la capacité de contracter entre époux. Nous en avons déjà parlé. Nous n'y reviendrons donc pas.

Concluons donc à la validité du contrat d'échange entre époux (sauf bien entendu la disposition *in fine* de l'article 1595), conformément d'ailleurs au principe général que nous avons essayé de poser dans la partie générale de notre travail.

CHAPITRE TROISIÈME

DU LOUAGE ENTRE ÉPOUX

Au premier abord il semble en général impossible de concevoir le contrat de louage entre époux, l'hypothèse d'un bail entre eux étant difficilement réalisable, puisqu'ils sont tenus aux termes de la loi d'habiter ensemble, surtout s'ils ont adopté le régime de la communauté légale ou conventionnelle.

Régime de la communauté. — Sous ce régime qui est le plus usuel il y a impossibilité de fait à l'existence de ce contrat entre les deux conjoints : le mari a la jouissance et l'administration des biens de sa femme, il passerait donc le contrat de louage, qui est un acte d'administration avec lui-même. Les époux n'ont pas d'intérêt à se louer leurs biens puisque le revenu de leur travail, le produit des biens et de leur industrie tombent en communauté. Le même raisonnement est applicable sous le régime de non-communauté et sous le régime dotal relativement aux biens dotaux, pour des raisons semblables.

Régime de la séparation de biens. — Mais si les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens ou sous le régime dotal avec paraphernaux, la question change d'aspect : nous nous trouvons alors en présence de deux patrimoines distincts : celui du mari, celui de la femme. Dans ces hypothèses on peut se demander si le contrat de louage est permis entre époux. Prenons un exemple qui fera mieux ressortir l'intérêt de la question : Deux époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens, ils exploitent un commerce quelconque dans un immeuble pris à loyer ; le propriétaire vient à mourir et laisse le même immeuble par testament à la femme ; faut-il forcer les deux époux à abandonner cette maison où se trouvent tous leurs intérêts, sous prétexte que la femme qui en est devenue propriétaire ne peut la louer à son mari ? Il semble que ceci conduirait à des conséquences intolérables.

Au simple examen pratique donc de la question une utilité incontestée sans parler d'un intérêt de moralité considérable nous apparaît et nous oblige à reconnaître la validité du louage entre époux sous le régime de la séparation de biens. Le louage d'ouvrage et d'industrie doit également sous les mêmes régimes être permis entre époux ; les exemples ne manqueraient pas. Ainsi rien ne peut empêcher un artiste dramatique de contracter un engagement théâtral avec son mari, directeur de théâtre.

Il reste donc acquis que le louage doit en principe être considéré comme permis aux époux lorsqu'ils sont mariés sous le régime de la séparation de biens ou sous le régime dotal avec paraphernaux (1). Le contrat de bail est un acte d'administration et sous ces régimes la femme peut administrer elle-même ses biens : Il est donc très naturel qu'elle puisse les louer à son mari quand elle y aura intérêt, car, il n'y a pas là de sa part acte de disposition.

1. En ce sens M. Planiol, *Revue critique*, 1888, p. 279.

CHAPITRE QUATRIÈME

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ ENTRE ÉPOUX

Utilité des sociétés entre époux. — Nulle part la loi n'a prévu la question sur le point de savoir si un contrat de société peut s'établir entre époux : « La société, dispose l'article 1832 du Code civil, est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter... » Et pourtant rien n'est plus fréquent surtout dans le milieu des petits commerçants qu'une société entre époux, rien n'est plus nécessaire aussi ; l'intérêt des deux conjoints se trouve accru par la participation de chacun aux bénéfices, leur crédit s'en trouve augmenté : souvent une femme n'a que ce moyen pour relever la situation précaire de son mari. De même un père peut avoir associé son gendre à ses affaires, s'il vient à mourir faut-il que la société soit dissoute, sous prétexte qu'elle ne peut se former entre mari et femme, la fille ayant hérité des

droits de son père. Il y a donc un intérêt pratique considérable à permettre ce contrat entre époux. Cependant la jurisprudence est fixée dans le sens de la prohibition, elle annule généralement ce contrat entre conjoints. Quoique la doctrine ait presque toujours résisté et l'ait généralement combattue.

En jurisprudence la question ne s'est présentée pour la première fois qu'au milieu du siècle dernier, quoiqu'elle ait été discutée bien antérieurement par la doctrine (1). Un arrêt du 3 avril 1851 s'était prononcé pour la validité d'une société entre époux (2). Cet arrêt, à peu près le seul, dans ce sens, fut cassé par la Cour de cassation le 9 août 1851 (3). Cette décision de la Cour suprême a fixé la jurisprudence qui, depuis, a toujours statué dans le même sens quel que soit le régime matrimonial que les époux aient adopté (4). Quels sont les motifs de cette jurisprudence.

I. — *Puissance maritale*.— En premier lieu la plupart des arrêts invoquent la puissance maritale. Il

1. En sens divers, Delvincourt, III, 230. Duranton XVII, 347. Alauzet. *Dr. commerc.* nos 152-153. Duvergier. *Sociétés* n° 120.

2. D., 51. 2. 220.

3. D., 52. 1. 160.

4. Voir dans Dalloz, 92.1.117. Note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 1891 la nomenclature des diverses autorités de doctrine et de jurisprudence en matière de société entre époux.

y a incompatibilité, dit-on, entre cette puissance et l'égalité de droit que conférerait forcément une société entre conjoints, la femme associée de son mari pourrait tenir en échec l'autorité de celui-ci (1). On ne peut donc admettre une semblable dérogation au grand principe de l'autorité maritale qui est d'ordre public.

II. — *Immutabilité des conventions matrimoniales.*
— En second lieu, répètent les arrêts, la société est nulle entre époux car elle contrevient aux dispositions de l'article 1395 du Code civil ; c'est-à-dire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; les tiers lorsqu'ils traitent avec les époux s'en remettent au contrat de mariage, il ne faut pas qu'ils soient surpris par des changements au pacte matrimonial qui jetteraient le désarroi dans le monde des affaires. Or tel serait le résultat d'un contrat de société entre époux (2).

III. — *Article 5 du Code de commerce.* — Le troisième argument sur lequel vient se baser la jurisprudence sans parler des discordes de tous les jours qui éclateraient au sein du ménage si l'on permettait les sociétés entre époux, ce troisième argument se

1. Il y a longtemps que Loysel a dit : « Qui a compagnon à maître. » *Institutions coutumières*, liv. III, t. III, 18.

2. V. GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, t. V, n° 229, p. 209-210 où cet argument est présenté avec une grande netteté.

base sur l'article 5 du Code de commerce : Celui-ci déclare que la femme n'est pas réputée commerçante si elle ne fait pas un commerce distinct de celui de son mari ; or les époux s'ils sont associés font le même commerce et la femme si elle est associée avec son mari ne sera pas, suivant l'article 5, commerçante, ce qui est impossible, car un associé qui fait des actes de commerce est toujours commerçant.

Tels sont les motifs invoqués par la jurisprudence et les auteurs qui l'ont suivie, ces arguments sont graves, puissants et de nature à faire hésiter : peu importe que les sociétés soient civiles ou commerciales, universelles ou particulières (1). La plupart des arrêts sont intervenus pour prononcer la nullité de sociétés en nom collectif (2), car c'est surtout pour faire le commerce que les époux s'associent. Il en est de même pour les sociétés en participation (3). Mais on ne trouve pas de jurisprudence sur la question de savoir si un mari et une femme peuvent souscrire des actions à une même société anonyme : Ici aucune atteinte à la puissance maritale, pas de dérogation aux conventions matrimoniales, une pareille opéra-

1. Voir sur nullité d'une société civile, Paris, 10 décembre 1896. D., 97.2.125.

2. Cass., 9 août 1851. Requêtes, 7 février 1862. Paris, 14 avril 1857. Metz, 22 août 1861. Paris, 24 mars 1870. Paris, 24 janvier 1885, etc.

3. Cassat., 27 juin 1893. D, 93.1.488.

tion quoique rentrant dans la matière des sociétés entre époux est incontestablement valable (1), mais la question n'a jamais été discutée en justice, du moins je n'ai pas trouvé de décisions judiciaires à ce sujet.

En somme nullité absolue d'après la jurisprudence des sociétés entre époux (2). L'insertion ici d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 7 mars 1888 résumera la question et nous servira de conclusion à ce premier paragraphe : citant les articles 220, 1388, 1395, 1451 du Code civil et article 5 du Code de commerce, l'arrêt s'exprime ainsi : « Attendu qu'il résulte de ces principes que toute société existant entre époux, même séparés de biens judiciairement, conférerait à chacun de ses membres une égalité de droit incompatible avec l'exercice de la puissance maritale et modifierait les rapports d'intérêts existant entre eux, contrairement à la règle de l'immutabilité des con-

1. En ce sens Baudry-Lacantinerie.

2. La Cour de Nîmes a même considéré le mariage comme une cause de dissolution de la société antérieurement contractée entre les conjoints. Nîmes, 18 septembre 1856 dans l'aff. Delapierre contre syndic Liron. — C'est seulement par exception que la jurisprudence a déclaré valables les sociétés entre époux : Amiens, 3 avril 1851. D., 51.2.221. Trib. commerce Bruxelles, 14 mars 1853. D., 54.3.8. Trib. civil Lyon, 31 juillet 1867. D., 67.3.87. Trib. commerce, Marseille, 19 septembre 1883. *Jurispr. com. Marseille*, 1884, page 29.

ventions matrimoniales ; qu'il suit de là que de telles associations qui n'ont pu légalement se former doivent être considérées comme non avenues (1). Tel est donc le système des tribunaux.

Quant à nous, contrairement à ce sentiment, nous pensons que le contrat de société est toujours possible entre époux quelle que soit la nature de cette société et leurs conventions matrimoniales. Nulle part la loi n'a édicté la nullité d'un semblable contrat, sa validité en principe ne doit donc pas faire de doute et la règle que nous adopterons en cette matière sera toujours la même règle déjà formulée sur la capacité de contracter entre époux, la règle de la liberté.

Tout d'abord nous reconnaitrons cependant qu'il est des cas où ce contrat doit être atteint de nullité : ce sera quand cette société entre conjoints portera atteinte aux droits du mari comme chef ou bien qu'elle dérogera aux conventions matrimoniales ; en effet s'il est établi que la prétendue société n'a d'autre but que de tourner la loi et de contrevenir aux dispositions essentielles régissant l'association conjugale, partout où il y a fraude, il est du devoir des juges de la réprimer, celle-ci viciant toutes les conventions dans lesquelles elle se rencontre : « *fraus omnia*

1. 7 mars 1888, D., 88, 1. 349. S., 88, 1. 305.

corruptit » (1). Sous la réserve de ces deux dérogations et sauf l'article 1840, où la loi elle-même paraît avoir frappé de nullité la société universelle entre époux, nous posons donc le principe de la validité de ce contrat entre époux, sous quelque forme qu'il puisse se présenter et sous n'importe quel régime (2).

Critique des arguments de la jurisprudence. —

Sur quoi se basent en effet nos contradicteurs pour interdire ce contrat : D'abord sur les atteintes qu'il porterait à la puissance maritale. Les juges seraient bien embarrassés de dire en quoi la femme se soustrait à la puissance maritale lorsqu'elle s'associe avec son mari ! Pourquoi le contrat de société ne s'accommoderait-il pas avec les droits du mari ? La femme, dit-on, viendra s'immiscer dans ses affaires, surveiller son administration ; mais c'est le mari qui est la première cause de tout cela ; pour former une société la femme a dû demander l'autorisation du mari, de même qu'elle l'aurait fait pour devenir

1. En ce sens Labbé, S. (note 90.1.49), Pont, *Société civ. et commerc.*, t. I, n° 37. Lyon-Caen et Renault, II, n° 78. Thaller, *Dr. comm.*, n° 346, 2^e édit. Troplong, *Soc.*, I, 209. Boistel, *Précis de dr. commerc.*, n° 102. Laurent, XXVI, n° 140. Huc, IX, n° 39 et 48, XI.

2. Certains auteurs n'autorisent que les sociétés commerciales (Delsol, *Rev. prat.*, 1856, p. 433. Planiol *Revue critique*, 1888, p. 275). — D'autres comme Duranton, XVII, n° 347. Alauzet, t. I, n° 152, n'autorisent le contrat de société entre époux que sous le régime de séparat. de biens.

commerçante ; mais alors le mari en l'accordant a fait acte de mari, sa dignité de chef ne peut être atteinte, puisqu'il a en quelque sorte abdiqué ses droits en se donnant un surveillant (Voir en ce sens Laurent, XXVI, 140. Planiol, *Rev. crit.*, 1888, p. 275. Lyon-Caen et Renault, II, n° 78). D'ailleurs s'il administre mal la société il sera révoqué et reprendra en tant que mari l'administration des biens de sa femme, et il n'y aura donc pas là, dans cette demande en révocation de gérance de la part de la femme atteinte aux droits du mari comme chef.

Enfin l'autorité maritale, vieux germe de la manus romaine et du mundium germanique qui avait pour but de faire disparaître la personnalité juridique de la femme tend à disparaître de plus en plus : « Les légistes qui sont avant tout des hommes de tradition, dit M. Planiol, luttent volontiers contre le progrès des idées, mais malgré leur force de résistance, la puissance maritale s'en va, elle disparaîtra tôt ou tard... Nous n'acceptons plus les yeux fermés les affirmations de Portalis et de Pothier quand ils nous disent que la prépondérance du mari et l'asservissement de la femme sont de droit naturel. Le mariage est l'union des âmes, disait le premier consul, nous le concevons comme une association de deux êtres égaux qui ne peut se maintenir que par la bonne harmonie (1). » Mais alors que fait donc la jurispru-

1. *Traité élémentaire de Dr. civ.* III, n° 251.

dence de ce courant d'idées nouvelles lorsqu'elle interdit la société entre époux en se fondant sur ce devoir si vague qui laisse, à la femme sa personnalité juridique, lui permet de passer avec son mari nombre de contrats, et lui laisse la faculté d'en poursuivre l'exécution ; pourquoi ce contrat de société différerait-il de tous les autres. Enfin lorsque le mari a autorisé sa femme, même commune en biens, à faire le commerce, n'a-t-il pas abdiqué la plupart de ses droits, puisque par ses engagements elle oblige la communauté et son mari. N'est-elle pas dès lors le personnage qui joue le rôle principal dans l'association conjugale ?

La formation d'une société entre époux ne porte donc aucunement atteinte à la puissance maritale, elle peut très bien se concilier avec celle-ci, lorsque conformément au droit commun la femme aura obtenu l'autorisation de son mari.

Le deuxième argument que nous oppose la jurisprudence est que le contrat de société entre époux est impossible en présence du principe de l'immutabilité du contrat de mariage. Pour répondre à nos contradicteurs, nous devons faire une distinction suivant le régime sous lequel sont mariés les époux.

I. — Régime de la communauté. — Lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté, un certain nombre d'auteurs qui proclament en principe la validité des sociétés entre époux en

ont déclaré la nullité dans cette hypothèse. Pourquoi donc cette sévérité ? Il fallait des objections bien fortes nous semble-t-il.

On déclare en effet que sous ce régime la femme n'a pas gardé l'administration de ses propres et alors la société se heurterait à l'article 1395, et constituerait par là un acte contraire aux dispositions matrimoniales. Mais nous répondrons que la femme peut très bien par contrat de mariage s'être réservée l'administration et la jouissance de quelques-uns de ses propres ; en outre la femme a toujours le produit de son travail pour constituer un apport. Je sais bien qu'on objecte que celui-ci tombe en communauté ; mais en quoi celle-ci sera-t-elle lésée ? Les bénéfices sociaux deviendront communs, comme par exemple lorsque les époux font un commerce séparé : où y a-t-il là contravention aux conventions matrimoniales ?

Enfin, dit-on, la femme à la dissolution de la communauté va se trouver tenue pour moitié des dettes sociales, sans pouvoir renoncer à la communauté et sans pouvoir par là échapper à l'obligation de les payer, la société entre époux contrevient encore au principe de l'immutabilité ; mais rien n'empêche la femme de s'obliger même non associée avec son mari, elle peut s'être engagée pour lui sans pouvoir échapper à cette dette par la renonciation à la communauté. (Bien entendu, nous ne voulons pas dire que

les époux communs en biens peuvent, en s'associant, faire parvenir indirectement à l'un deux à titre de propres des biens qui devraient tomber en communauté, ce qui serait là une violation manifeste du pacte matrimonial.) En dehors de ce cas rien n'empêchera de dire qu'une société entre époux serait plus utile, plus morale même pour la femme en ce qu'elle lui permettrait de relever d'une façon plus sûre, plus active le crédit du ménage, au lieu de, peut-être, laisser la femme se ruiner lentement par des engagements isolés, solidaires avec son mari envers les créanciers de celui-ci. Ce serait là un moyen de faire prospérer le patrimoine commun. La conclusion sera que les époux devraient pouvoir s'associer sous le régime de la communauté; si nous l'avons démontré il ne nous sera pas difficile de convaincre les contradicteurs de la validité d'un contrat de société entre époux sous les autres régimes.

I. — *Régime sans communauté.* — Le régime sans communauté est extrêmement rare, néanmoins lorsqu'il est adopté par les époux, on ne voit pas bien quel serait le motif qui pourrait empêcher une société de se former entre les deux conjoints: La jouissance et l'administration des biens de la femme appartient au mari. Comme sous le régime de la communauté, les époux régleront leur société d'après les règles tracées au titre de la société, et régleront leurs droits comme époux d'après leur contrat de

mariage. En effet la femme peut disposer de certains biens qui lui serviront d'apport au contrat de société qu'elle passera avec son mari. Si elle ne peut disposer d'aucun bien en toute propriété, n'a-t-elle pas les revenus de son travail et de son industrie, même son apport pourrait-il consister en nue-propriété. Ce sera sous ce régime où la femme n'est pas plus riche au moment de la dissolution du mariage qu'à sa célébration, ce sera, dis-je, en lui permettant de s'associer avec son mari, un moyen de l'intéresser à la prospérité du ménage. Là, comme sous le régime de communauté, pas de dérogations aux conventions matrimoniales ; les bénéfices sociaux seront partagés dans la mesure déterminée par le pacte social. Mais à la dissolution du mariage la femme trouvera son patrimoine accru de tout ce qu'elle aura acquis en collaboration avec son mari.

II. — *Régime de la séparation de biens.* — Sous ce régime, vrai domaine d'une société entre époux, puisque leurs intérêts réciproques se trouveront rapprochés par ce contrat, on a objecté aussi que le contrat de mariage serait violé, en constituant une société entre eux, puisque les époux mettraient en commun certains biens qui, d'après le régime matrimonial de la séparation, devraient rester séparés. Mais je répondrai que les deux patrimoines reprendront leur individualité au moment de la dissolution de la société, que les époux auront là un moyen cer-

tain de faire fructifier leurs biens personnels. Le contrat de société doit donc être permis sous ce régime, que la séparation de biens soit conventionnelle ou judiciaire. Dans ce dernier cas bien entendu, il faudra déjouer la fraude que seraient tentés de pratiquer les époux en se servant d'un contrat de société pour rétablir un régime que la séparation avait fait cesser, par application de l'article 1431. Mais, je le répète, sous le régime de la séparation rien de contraire aux prescriptions de l'article 1395.

III. — *Régime dotal*. — Reste le régime dotal, la société que les époux contracteront ne les empêchera pas d'être et de rester séparés de biens, les paraphernaux formeront l'apport de la femme, s'il n'y a que des biens dotaux, c'est-à dire des biens inaliénables, rien n'empêche là non plus une société de se former entre les époux, la femme apportant la nue-propiété de ces biens, celle-ci constituera sa part dans l'actif social.

Nous le voyons donc, sous tous les régimes matrimoniaux rien n'empêche une société de se former entre époux ; le même raisonnement peut s'appliquer à tous les régimes : « Les époux régleront leur société d'après les règles tracées au titre de la société et ils régleront leurs droits comme époux d'après leur contrat de mariage (1).

1. Voy. en ce sens Laurent, T. XXI, n° 76, p. 99-100.

Le dernier argument que nous oppose la jurisprudence a trait aux sociétés commerciales. Cet argument est tiré de l'article 5 du Code de commerce qui nous dit que la femme ne peut être déclarée commerçante que si elle exerce un commerce distinct et séparé de celui de son mari, or le mari et la femme, s'ils sont associés, font le même commerce ; « donc il ne peut s'établir de société entre les époux puisque la femme n'est pas réputée commerçante si elle exerce un commerce qui ne serait pas distinct et séparé de celui de son mari ; cet article seraient donc violés si la société était déclarée valable. Mais je ne vois pas bien pourquoi la société ne serait pas valable en elle-même et ne produirait pas à l'égard de la femme tous les effets qui sont indépendants de la qualité de commerçant, chez l'une ou l'autre des parties : par exemple la personnalité civile de la société et la solidarité entre associés. D'ailleurs le mot séparé ne doit pas être entendu dans le sens de différent. Il doit signifier que la femme ne doit pas agir pour le compte de son mari, elle fait un commerce séparé lorsqu'elle opère pour son propre compte et le Code ne lui défend pas de faire ainsi le commerce en société soit avec son mari, soit avec un tiers. » Bien que les limites de notre sujet ne comprennent que des contrats de droit civil, il nous a semblé nécessaire de dire quelques mots ici des sociétés commerciales entre époux, dont la

validité est contestée comme celle des sociétés civiles (1).

Pour conclure, nous dirons donc que le contrat de société est en principe valable entre époux, sauf l'exception nécessaire qu'elle ne soit pas conclue dans un but frauduleux, la violation des articles 1595, 1094, 1098, 1395 du Code civil. Ce sera là une question de preuve à produire à la charge de ceux qui seront intéressés à faire annuler un pareil contrat conclu par les époux au mépris des prescriptions d'ordre public.

Pour terminer, notons enfin que la jurisprudence n'a jamais cru prononcer la nullité des sociétés entre concubins, car aucun des motifs précédents ne se retrouve dans la société que peuvent former deux personnes vivant en état de concubinage (2).

1. V. en ce sens Lyon-Caen et Renault.

2. En ce sens Paris, 19 août 1851. S. 52.2.209 ; D. 52.2.84. — Paris, 13 juin 1872. D. 73.2.169. — Lyon, 3 mars 1889. *Revue des sociétés*, 1889, p. 261.

Tribunal civil Seine, 14 février 1891. *Le Droit* du 27.2.1891.

CHAPITRE CINQUIÈME

DU MANDAT ENTRE ÉPOUX

Le mandat est un contrat dans lequel les considérations des personnes tiennent une large place. Il exige la confiance, le dévouement et même vis-à-vis des deux parties une affection réciproque. Il était donc tout indiqué que ce contrat se rencontre fréquemment entre époux. Aussi la loi ne l'a pas interdit par un texte spécial. A Rome où tout contrat à titre onéreux était permis entre conjoints pourvu qu'il fût fait de bonne foi et n'eût pas pour but d'éluider les règles sur les donations, le mandat était permis, étant peu suspect de cette fraude. Les pays de droit écrit l'admirent aussi sans entrave. Quant aux pays de coutume il y était sans doute autorisé également, car, nous dit Pothier, la prohibition de contracter entre époux n'avait trait qu'aux contrats par lesquels les époux se transporteraient quelque

chose de leurs biens (1). Le Code civil devait donc forcément admettre ce contrat entre époux, contrat de bienfaisance, destiné surtout à rendre de bons offices, qu'il était naturellement impossible de prohiber entre mari et femme (2). « Si la femme, dit l'article 1577, donne sa procuration au mari, pour administrer ses biens paraphernaux avec charge de lui rendre compte il sera tenu vis-à-vis d'elle comme tout mandataire. » D'autre part, l'article 1420 vise le cas d'une femme mandataire de son mari : « Toute dette qui n'est contractée pour la femme qu'en vertu de la procuration générale ou spéciale du mari est, etc... »

Aucun doute n'est donc possible en présence de textes aussi formels : le mandat est permis entre époux — il pourra être express ou tacite :

Mandat express. — Express il pourra être donné par contrat de mariage et devenir par là irrévocable aussi bien de la part du mari, que de celle de la femme, sans qu'on puisse nous objecter l'article 1395, c'est à-dire le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ou les droits du mari comme chef. De la même manière il pourra être conféré au cours du mariage de la part de l'un ou l'autre à l'un ou l'autre des deux époux. Le mari en donnant un mandat confère-t-il bien réellement à sa femme des droits

1. *Donat. entre mari et femme*, édit. Bugnet, VII, n° 78.

2. Conf. Demolombe, *Mar.* II. 239.

que n'a pas prévu le contrat ? La femme en donnant un mandat abdique-t-elle l'administration qu'elle s'est réservée dans son contrat ? Non, dans un cas comme dans l'autre, « qui mandat ispe fecisse videtur » le mandant est censé avoir agi lui-même, quand le mandataire exécute, il le représente. D'ailleurs le mandant ne fait pas abandon de ses pouvoirs, il les affirme, puisqu'il en use par intermédiaire. Enfin il reste au mandant la faculté de révoquer ad nutum la délégation qu'il a faite de ses pouvoirs : Il ne s'est donc privé d'aucun droit et tout se passe suivant les conventions matrimoniales qui on le voit sont loin d'être violées par ce contrat (1).

Mandat tacite. — De son côté la femme a le mandat tacite de faire les dépenses nécessaires pour subvenir aux besoins du ménage, et ces actes de la femme obligeront la communauté d'une façon directe (art. 1420) (1) (2). Là, ce contrat est

1. En sens divers. Cassation, 8 janvier 1889, *D.* 91.1.224; 14 février 1893, *D.* 93.1.261; Montpellier, 29 novembre 1897, *D.* 93.1.354.

Il a été jugé que la femme ne peut pas durant le mariage, donner valablement à son mari une production générale d'emprunter en son nom des sommes illimitées, ou décider à des conditions abandonnées à son appréciation ses reprises ou son hypothèque légale : Cassation, 15 février 1853, *D.* 53.1.75; 14 mai 1868, *S.* 69.1.213 : Baudry-Lacantinerie, contrat de mariage, 1.99.

2. Nancy, 16 janv. 1896, *Gaz. palais*, 96.1.322; Maradé, page 528.

imposé par les mœurs, la forme des choses et l'intérêt du mari lui-même. Il sera donné pour les dépenses du ménage, ce sera alors un mandat domestique conféré à la maîtresse de maison, qui deviendra un véritable ministre de l'intérieur du ménage, comme elle a été appelée avec juste raison ; douée, comme dit Montaigne, de la vertu économique (1). Bien entendu ce mandat est limité aux ressources du ménage (2). Il est de plus révocable soit par notifications individuelles aux créanciers ou insertions dans les journaux. Il cesse par la séparation de corps, puisqu'il y a alors non plus un ménage, mais deux ménages (*cessante causa, cessante effectu*) (3), à partir de l'ordonnance du président autorisant la femme à résider séparément, et pendant l'instance en divorce à plus forte raison, à notre avis, ce mandat doit même cesser quand les époux sont séparés de fait et non judiciairement. Mais la question est vivement controversée, quelle sera la publicité ? surtout si le mari fait une rente à sa femme (4) : Le mandat, suivant nous, ayant pour fondement le fait que la femme est chargée de l'administration du

1. Montaigne. *Essais*, t. III, ch. IX.

2. Bourges, 7 juillet 1887, *Monit. judic. de Lyon*, 17 octobre 1877. Paris, 7 mars 1835, *Pand franç.*, 96.2.141.

3. Paris, 22 novembre 1899, D., 99.2.257.

4. En sens divers : Paris, 25 mai 1838, D., 99.2.309. Besançon 25 juillet 1865, D., 66.2.149.

ménage, ce fait disparaissant, le mandat doit disparaître nécessairement, surtout si la séparation provient du fait de la femme, si par exemple elle a abandonné le domicile conjugal (1) et que le mari ait tenté, mais en vain de l'y faire rentrer (2).

Comme exemple d'autres mandats tacites conférés à la femme, citons :

1° Le mandat tacite commercial, lorsque la femme remplit le rôle d'un commis (art. 5 Code commerce) (3).

2° De même une femme qui emploie à un placement le montant de son salaire est réputée mandataire de son mari : « Les femmes mariées dit l'article 6, (alinéa final) de la loi du 9 avril 1881, quel que soit le régime de contrat de mariage, seront admises à se faire ouvrir des livrets sans l'assistance de leurs maris. Elles pourront retirer les sommes inscrites aux livrets ainsi ouverts sauf opposition de la part de leurs maris. Cette théorie bien simple a été de façon éclatante mise vivement en lumière par M. Planiol (4) qui a su montrer que le texte précité se con-

1. Paris, 22 nov. 1889, D., 91.2.257. Paris, 10 avril 1900, *Droit* 10 juillet 1900.

2. Riom, 6 août 1895, *Gazette Palais*, 95.2.681.

3. Cassat. 25 janvier 1821, 12 juin 1876, S., 76.1.374. Cass., 22 juillet 1891, S., 93.1.65.

4. *Revue critique*, 1882, p. 42 et suiv. Conf. aussi *Revue critique*, 1881, p. 579, M. Ch. Testoud.

cille fort bien avec la loi et les mœurs, ne faisant que régulariser la pratique suivie dans les bureaux de Caisse d'Épargne quelles qu'elles soient, l'opposition étant pour le mari le moyen de révoquer ce mandat.

3° Comme troisième exemple citons encore l'article 13 (alinéa 4) de la loi du 20 juillet 1886 relative à la Caisse nationale des retraites sur la vieillesse : « Les femmes mariées quel que soit le régime matrimonial, sont admises à faire des versements sans l'assistance de leurs maris. »

4° Enfin on pourrait citer encore comme exemple de mandat tacite le cas où le mari étant absent, la femme a le droit en vertu d'un mandat tacite de louer l'appartement qui lui est nécessaire.

Voilà donc consacré pour les deux époux le droit de passer mandat entre eux ; consacrée aussi la nature des obligations qui en résulte ; il suffira de leur faire application de la règle ordinaire en se reportant au titre du mandat pour connaître les obligations des deux parties en présence. Nous dirions la même chose du contrat de gestion d'affaires entre époux (art. 1372 et suiv., 1579).

CHAPITRE SIXIÈME

DU PRÊT ENTRE ÉPOUX

L'article 1558 nous donne un exemple de prêt fait par la femme au mari : sous le régime dotal, l'immeuble dotal peut être aliéné avec permission de justice et aux enchères pour tirer le mari de prison. Le Code veut parler ici de la prison pour dettes (1). Qu'est-ce donc que cette disposition, sinon un véritable prêt entre époux. Mais l'hypothèse de l'article précité a perdu de son intérêt depuis la suppression de la contrainte par corps (22 juillet 1867), à moins qu'il s'agisse d'une dette née d'un délit. Il n'en reste pas moins acquis que le Code a naturellement permis ce contrat entre époux (2). D'ailleurs pourquoi l'aurait-on prohibé? Le prêt est tout aussi utile entre

1. Caen, 28 mars 1881, S., 82.2.81.

2. Comme autre exemple de prêt entre époux, on peut citer l'article 1438 (où la femme a prêté à son mari une somme équivalente à ce qu'il manquait au mari, pour parfaire la dot constituée à l'un de leurs enfants).

époux qu'entre étrangers, il ne peut guère servir ni à modifier les conventions matrimoniales, ni à masquer des libéralités. Du reste en admettant que les époux aient voulu se soustraire à ces prescriptions de la loi, ce serait aux tribunaux d'examiner si la loi n'a pas été violée : application des principes que j'ai tenté de faire prévaloir dans ce travail.

Utilité du prêt entre époux. — Le prêt a donc une grande utilité entre conjoints il y va de l'intérêt du mari d'abord, de la femme aussi, et de celui de la famille enfin : il est en général regrettable d'être forcé de s'adresser à des tiers et de mettre en public la gêne momentanée où peut se trouver le mari et la famille. D'ailleurs si la femme lui vient en aide, elle n'a rien à craindre, le contrat passé avec son mari constatera la réception des deniers et l'obligation de rendre, obligation qui sera garantie par l'hypothèque légale de la femme.

Mais ce contrat ne sera possible que sous un régime où la femme a des revenus propres qu'elle touche elle-même, ainsi sous le régime dotal ou celui de la séparation de biens, et cela par définition du prêt qui suppose que le prêteur a des deniers dont il peut disposer en pleine propriété. Il ne se comprendrait guère sous le régime de communauté et sous le régime exclusif de communauté car le mari a sous ces deux régimes l'administration et la jouissance des biens de sa femme, il n'a donc pas besoin

d'emprunter, du reste, la femme ne pourrait lui prêter.

La jurisprudence ne nous a pas offert de décisions en cette matière.

Appendice. — Nous ne dirons rien du commodat du prêt à usage, ni du contrat de dépôt, ce sont des contrats inutiles entre conjoints, car ils sont, suivant l'expression de M. Demolombe : « de bons offices qu'il est véritablement impossible de défendre entre époux(1). » De même si le prêt est permis entre époux il doit en être de même du contrat de constitution de rente soit perpétuelle, soit viagère. Ce contrat sera permis dans les mêmes cas où la loi permet le prêt ordinaire entre conjoints.

Enfin il existe une convention très fréquente actuellement : l'assurance sur la vie. Mais ce contrat sort des limites de notre sujet puisque c'est un contrat entre l'un des époux et un tiers, l'assureur : Les deux époux contractent en effet avec ce tiers une assurance sur la vie dont le capital est payé au décès du prémourant, au profit du survivant, mais ne passent par là aucun contrat entre eux.

1. Demolombe, t. IV, n° 239, p. 286.

CHAPITRE SEPTIÈME

DU CAUTIONNEMENT ENTRE ÉPOUX

Aux termes de l'article 1431 du Code civil : « La femme qui s'oblige solidairement avec son mari, pour les affaires de la communauté ou du mari n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution... » Le cautionnement est donc permis entre conjoints par mariage. Nécessairement la femme qui a cautionné son mari doit y être autorisée par celui-ci. Ce contrat au point de vue de ses effets tombe sous l'empire du droit commun. D'ailleurs la femme ne peut être une caution véritablement utile à son mari que si elle a certains biens dont elle puisse disposer et dont elle a par suite l'administration. Il faut donc qu'elle ait des biens séparés, puisque comme caution elle peut être poursuivie pour le tout. Ainsi donc sous les régimes de communauté ou exclusifs de communauté ce contrat ne présenterait aucun intérêt entre époux. Il ne pourra donc être utile sous le régime de la séparation de

biens et sous le régime dotal (avec paraphernaux) seulement (1).

1. Ce langage est-il bien exact ? Ne faudrait-il pas plutôt supposer, pour qu'il y ait véritablement un cautionnement (un contrat direct), entre les époux, que l'un d'eux se porte caution d'un étranger vis-à-vis de son conjoint : par exemple une mère cautionnant son fils vis-à-vis du père, son mari. En envisageant l'hypothèse où l'on suppose l'un des époux cautionnant la dette de l'autre, le contrat semble avoir lieu alors entre le tiers créancier et l'époux caution, l'époux débiteur n'étant pour rien dans l'affaire.

CHAPITRE HUITIÈME

DE LA TRANSACTION ENTRE ÉPOUX

L'utilité de la transaction est si grande « *Melior est certa pax, quam sperata victoria* » en notre matière que lors de la rédaction du Code civil, le législateur n'avait pas craint d'insérer au titre du divorce par consentement mutuel, un article (l'art. 279) qui était ainsi conçu : « Les époux déterminés à opérer le divorce par consentement mutuel seront tenus de faire préalablement inventaire et estimation de tous leurs biens meubles et immeubles, et de régler leurs droits respectifs sur lesquels il leur sera néanmoins libre *de transiger*. » D'ailleurs la législation révolutionnaire avait été, elle aussi, très favorable aux transactions ; en tête de la loi de 1790, en termes pompeux, elle avait écrit ces mots : « Le législateur s'interdit de faire aucune disposition qui tendrait à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des transactions... » Cette déclaration avait été reproduite également dans la constitution de l'an III. Troplong lui-

même s'était exprimé ainsi : « La transaction a toujours été vue avec faveur, tellement que les lois reconnaissent en elle une autorité qui doit être respectée à l'égal des jugements (1). » La prohibition de transiger est odieuse. Malgré cela ce jurisconsulte ne reconnaît pas aux époux le droit de transiger, car les époux ne peuvent se vendre leurs biens : qui transige aliène, donc la transaction est impossible entre époux.

Non, ce n'est pas notre avis, la transaction est non seulement possible entre époux, mais c'est encore du devoir du législateur de l'encourager par tous les moyens dont il dispose : La transaction n'est pas translatrice mais déclarative de droits, elle ne ressemble que vaguement à la vente, car c'est un acte récongnitif (2). En la prohibant, vous forcez systématiquement les époux à faire régler par la justice certains différends dont parfois ils ne sont pas responsables ? Quel profit en tirerez-vous ? Ne préférez-vous pas ramener la paix au foyer domestique, plutôt que de voir traîner en public l'honneur d'une famille ? N'aimez-vous pas mieux empêcher des séparations judiciaires, des scandales, plutôt que de laisser les méchants avides de la misère d'autrui venir se repaître du ridicule insipide de la publicité actuelle d'un

1. *Transaction*, n° 553.

2. Cf. AUBRY ET RAU, IV, § 121, note 17.

procès en divorce. Et regardez encore plus loin, vous verrez les enfants, victimes innocentes, être obligés de contempler la discorde publique de ceux qui s'étaient jadis unis pour leur donner la vie. Oui, la prohibition de la transaction est odieuse, instrument de paix, elle devrait être plus favorisée entre époux même qu'entre étrangers ; car elle étouffe en germe les procès. Voilà donc son utilité. Est-ce à dire que le Code civil l'ait interdite, non, que l'on se souvienne de l'article 279, des principes généraux permettant aux époux de contracter ensemble et l'on pourra répondre que le législateur de 1804 n'a pas interdit les transactions entre époux. L'application de cette idée a été faite par la jurisprudence, j'ai eu déjà l'occasion de le montrer plus haut, je n'y reviens donc pas (1).

Est-ce à dire que la femme pourra toujours transiger avec son mari ? Cela dépend du régime matrimonial que les époux auront adopté. Par exemple la femme mariée sous le régime dotal ne pourra même avec l'autorisation de son mari renoncer par une transaction à des droits faisant partie de son patrimoine dotal inaliénable. De même les époux ne pourront transiger sur des difficultés provenant de leurs conventions matrimoniales (art. 1395). De même

1. V. pages 53 et suivantes. Voir Cassation, 4 février 1846. D., 46.1.216.

encore les époux ne pourront se servir de ce contrat pour masquer une vente, ils ne pourront non plus s'en servir pour tourner les articles 1094-1098-1099. Mais ce sont là l'application des règles générales, des conditions que nous avons formulées au cours de ce travail. Sauf leur application, je le repète, la transaction, instrument de paix, doit être permise et favorisée entre conjoints par mariage (1).

1. Si l'on admet la transaction, admettons également l'acquiescement, le désistement, le compromis qui s'en rapprochent par leur but.

CHAPITRE NEUVIÈME

NANTISSEMENT ET HYPOTHÈQUE

Le gage n'est possible entre conjoints que si chacun d'eux a l'administration et la disposition de sa fortune mobilière, à cause du privilège du gagiste. Quant à l'antichrèse déjà fort rare dans la pratique entre personnes étrangères, ce contrat le sera encore plus entre époux, et ne sera possible qu'en cas de régime de séparation de biens ou de régime dotal mais sur les seuls immeubles paraphernaux.

Quant à l'hypothèque on a écrit des volumes entiers et on en écrira encore sur toutes les questions si vastes que cette matière comporte vis-à-vis des gens unis par le mariage. Notre but n'est pas de nous appesantir sur ce contrat, l'hypothèque légale de la femme mariée, sa réduction, sa cession telle qu'elle a été prévue par la loi de 1855 constituent le plus souvent des contrats avec des tiers plutôt que des contrats entre époux. Par suite cette question n'est pas dans les limites de notre sujet.

Disons cependant qu'après avoir admis la validité du contrat de prêt entre époux et en général la faculté pour les époux de pouvoir être débiteur l'un et l'autre, il nous faut pour être logique admettre la validité de l'hypothèque conventionnelle qui n'est en effet qu'un contrat accessoire sans lequel les autres ne sauraient exister ou produire d'efficaces effets. D'ailleurs n'avons-nous pas admis les voies d'exécution entre époux, ces poursuites emporteront hypothèque judiciaire ; si celle-ci est autorisée, il doit en être de même de l'hypothèque conventionnelle.

Pourquoi le mari ne pourrait-il pas consentir à sa femme une hypothèque sur tel ou tel de ses immeubles pour la garantir de sa dette puisqu'il peut être débiteur de celle-ci à raison des contrats passés avec elle ?

Qu'on ne nous objecte pas l'article 1595 qui interdit la vente des époux, en disant que la loi mesurant la capacité d'hypothéquer sur celle d'aliéner, l'hypothèque doit être également interdite : Nous répondrons qu'il faut un texte pour conclure à cette assimilation ; d'ailleurs, la crainte des donations déguisées, qui a fait prohiber la vente entre conjoints, ne peut exister dans le contrat d'hypothèque.

Il faut donc admettre ce contrat entre époux si on leur permet de contracter entre eux. C'est une garantie accessoire et logique de toute convention. Inutile de dire que sous le régime dotal, relativement

aux biens dotaux, l'hypothèque ne peut avoir lieu puisque l'hypothèque aboutit à la saisie et les biens dotaux sont par nature insaisissables. Sauf ce cas unique, l'hypothèque conventionnelle doit être admise entre époux, c'est le corollaire pour eux de leur capacité de contracter ensemble.

APPENDICE

APERÇU DE LÉGISLATION COMPARÉE

I. — *Législation allemande.* — En Allemagne, la multitude des petits états a rendu très variée la législation qui existe dans ce pays, dans notre matière en particulier, car elle tient surtout à la condition des gens mariés. En général les époux ont le droit de contracter entre eux dans ces pays où ils jouissent en cette matière d'une plus grande liberté que dans la loi française. En effet dans le nouveau Code civil de 1900 pas de restriction comparable à celle de notre article 1595. En outre les conventions matrimoniales peuvent être faites ou modifiées après la célébration du mariage (1) sans grandes formalités : autorisation de justice ou acte notarié. De plus les donations entre époux se trouvent régies par les mêmes règles qu'entre toutes autres personnes. Enfin

1. Voir Lehr. *Elém. du C. civ. germanique*, t. II, n° 1183, p. 291.

si l'on reproduit l'article 1357 du Code civil de 1900 on voit qu'il reconnaît d'une façon formelle à la femme un mandat tacite pour les affaires du ménage. « La femme a le droit dans la sphère de sa maison de prendre soin des affaires du mari et de le représenter. Les actes juridiques qu'elle fait dans cette sphère valent comme s'ils étaient accomplis par le mari, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire. Le mari peut restreindre le droit de sa femme ou l'exclure. Si la restriction ou l'exclusion constituent un abus de son droit, elles peuvent à la requête de la femme être levées par le tribunal des tutelles ; vis-à-vis des tiers la restriction ou l'exclusion ne sont valables que conformément à l'article 1437... etc. »

II. — *Droit civil russe.* — Si l'on parcourt le droit civil russe on s'aperçoit que le régime légal des époux est une séparation complète de biens et d'intérêts : « Le mari et la femme, dit M. Lehr (1), ont le droit d'aliéner ou d'hypothéquer leurs biens comme bon leur semble, directement et en leur nom personnel, sans avoir besoin du consentement l'un de l'autre. Ils peuvent en disposer ou en trafiquer à leur gré. En conséquence si l'un des époux vend ses biens aux enchères, rien ne s'oppose à ce que l'autre s'en porte acquéreur. Il est même loisible aux époux

1. Lehr, *Elém. du C. civ. russe*, n° 29, p. 44.

de se transférer réciproquement et directement la propriété de leurs biens, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux ou d'hypothéquer leurs biens l'un au profit de l'autre en se conformant aux règles du droit commun pour ces diverses sortes d'opérations. Ils peuvent en général faire ensemble toute convention et contracter toute obligation réciproque permise par la loi : ainsi le mari pourrait valablement convenir avec sa femme de lui donner une certaine somme à condition d'être affranchi vis-à-vis d'elle de toute obligation ultérieure. » Nous devons pourtant faire remarquer que dans ce pays la femme doit obéissance à son mari, ce qui diminuerait peut-être l'utilité des contrats que les époux peuvent passer ensemble. Cependant la Russie est le seul pays avec l'Angleterre, en Europe, où les époux jouissent réciproquement de la plus grande liberté dans leurs rapports contractuels pendant le mariage (1).

III. — *Droit anglais.* — Depuis l'act du 18 août 1882, emprunté à la législation des États-Unis, en particulier à celle des États de New-York, la femme mariée sous le régime de cette loi est capable d'acquérir et tenir comme sa propriété séparée tout bien réel et personnel et d'en disposer par testament ou autrement de la même manière que si elle n'était pas mariée et sans qu'il soit nécessaire qu'un *trustee*

1. Conferre Lehr, p. 28, n° 41, *op. cit.*

(sorte de tuteur) intervienne. Le trustee était un fidéicommissaire à qui, sous l'empire des anciennes lois, la femme remettait ses biens ; c'était un tiers, quelquefois même le mari : ce trustee les possédait pour le compte de la femme qui n'en conservait le droit de disposition et d'administration que par l'intermédiaire de cette tierce personne.

Donc avant 1882, il ne pouvait, semble-t-il, être question de contrats entre mari et femme. Depuis 1882 cette prohibition a cessé et la femme peut contracter avec son mari sans aucune espèce d'autorisation. Elle peut du reste lui faire des donations et en recevoir de lui (1).

IV. — *Droit italien.* — Le nouveau Code italien prohibe les donations entre époux, mais ne défend pas le contrat de vente entre ces mêmes personnes. Sauf l'autorisation de justice ; en effet l'article 136 dispose que quand il s'agit d'un cas où il y a opposition d'intérêts entre les époux, ainsi donc en cas de contrats passés ensemble, l'autorisation du tribunal civil est nécessaire, le mari étant entendu, c'est ainsi que s'exprime l'article 136 (2).

Sauf ces différences avec notre droit civil français, les époux doivent se conformer aux mêmes conditions qui sont exigées chez nous pour pouvoir con-

1. Conf. Gide et Esmein, *op. cit.*, p. 262.

2. Code italien. Trad. Orsier.

tracter ensemble ; ainsi les contrats qu'ils passeront de la sorte ne devront pas servir à déguiser une donation (art. 1055), ne pas porter atteinte aux conventions matrimoniales (art. 1385), aux droits qui appartiennent au chef de la famille, ni à ceux conférés par la loi à l'un d'entre eux, puisqu'ils ne l'ont pas pu par contrats de mariage (art. 1379) (1).

V. — *Droit espagnol*. — Le nouveau Code espagnol date de 1888-1889. Quoiqu'il n'ait pas réalisé l'unité de législation en Espagne et ne soit applicable que comme droit supplémentaire à défaut de dispositions dans les lois locales, les statuts relatifs à la condition des personnes et notamment les dispositions contenues au titre du mariage sont obligatoires pour toutes les provinces ainsi qu'il résulte de l'article 12, § 1^{er} (2). — Dans la matière qui nous occupe grande analogie avec le droit français. Comme dans notre Code civil pas de textes relatifs à la capacité de contracter entre époux ; en l'absence de ceux-ci les époux doivent être déclarés capables de contracter

1. La loi italienne règle deux régimes matrimoniaux : le régime dotal et la communauté d'acquêts, on ne peut stipuler une communauté plus étendue que la communauté d'acquêts (art. 1473). Ceux qui n'ont pas fait de contrat de mariage sont en quelque sorte soumis à la séparation de biens ou à la paraphernalité générale (art. 1423) puisqu'il n'y a pas de régime de droit commun.

2. V. Code espagnol. Traduct. Levé.

ensemble et sous les mêmes conditions qu'en droit français : ne pas déguiser une donation (art. 1334, § 1^{er}) (1) ; ne pas porter atteinte aux conventions matrimoniales (art. 1320), les époux ne pouvant transiger sur les biens dotaux (art. 1811) ni par suite compromettre sur les mêmes droits (art. 1820) (2).

Enfin l'article 1458 qui correspond à notre article 1595 est ainsi conçu. « Le mari et la femme ne peuvent réciproquement se vendre leurs biens à moins qu'ils n'aient adopté le régime de la séparation de biens dans leur contrat de mariage ou que la séparation de biens judiciaire ait été prononcée, conformément au chapitre VI du titre III de ce Livre. » Ce texte est donc moins restrictif que notre article 1595 en ce sens que la vente est possible quand les époux sont séparés de biens conventionnellement ou judiciairement. Mais il est plus restrictif en ce sens que la prohibition s'applique même à toute donation en paiement. Enfin à propos des sociétés l'article 1677 dispose qu'une société universelle ne peut être formée entre les personnes auxquelles la donation et la vente sont réciproquement défendues.

Telles sont brièvement résumées et comparées à

1. En Espagne rien de bien particulier aux régimes matrimoniaux, Grande liberté pour les époux. Le régime légal est une société d'acquêts.

2. Toute donation faite pendant le mariage entre époux est nulle.

la nôtre quelques-unes des législations étrangères, relativement à la capacité de contracter entre époux. On ne peut qu'y remarquer. (à part la législation espagnole qui se rapproche sensiblement de la nôtre) une tendance générale et incontestable à la liberté complète de contracter entre époux.

CONCLUSION

La conclusion de ce travail sera celle-ci ; après avoir essayé de démontrer qu'en France existe le principe de la liberté de contracter entre époux, nous sommes bien obligés de constater pourtant qu'aucune disposition de loi n'a réglé cette matière ; que, même certaines dispositions comme l'article 1595 sont venues jeter dans la discussion le poids d'un certain doute ; après avoir souhaité que cet article disparaisse de notre Code civil, ne pouvons-nous souhaiter de même, au moment où l'on parle de reviser le Code napoléon parfois si démodé, ne pourrions-nous souhaiter qu'une disposition expresse de loi ne vienne dissiper les doutes de ceux qui en auraient encore. Actuellement la tendance générale et incontestable aussi bien en France que dans tous les pays civilisés, actuellement, à l'aurore du xx^e siècle, la tendance est d'égaliser au point de vue juri-

dique le mari et la femme. Feuillotez les lois de ces derniers temps et vous y trouverez le courant des idées actuelles, telles les lois des 9 avril 1881 et 20 juillet 1895 sur les caisses d'épargne qui reconnaissent à la femme des droits que nous avons eus déjà l'occasion de constater ; telle encore la loi du 7 décembre 1897 ayant pour objet d'accorder aux femmes le droit d'être témoins ; telle autre du 1^{er} décembre 1900 qui leur permet d'exercer la profession d'avocat. Tel enfin ce projet de loi voté par la Chambre après déclaration d'urgence le 27 février 1896 sur le rapport de M. Goirand dont l'article premier est ainsi conçu : « Quel que soit le régime adopté par les époux la femme a le droit de recevoir sans le concours de son mari les sommes provenant de son travail personnel et d'en disposer librement... »

Sans être tentés d'accepter un féminisme outrancier et trop nourri d'idées utopiques, nous pouvons reconnaître que les textes actuels de lois sont un peu trop étroits. Il serait désirable que le projet Goirand aboutisse et fasse à la femme surtout dans les classes laborieuses une condition plus digne de sa personnalité. D'autre part la capacité des époux de contracter ensemble serait élargie elle aussi, puisque la femme aurait un pécule propre. Souhaitons donc que de tels projets ne restent plus à l'état de lettre morte, appelons leur vote par le Parlement

de tous nos vœux, ce serait peut-être là un moyen de diminuer dans certaines classes de notre société moderne la misère qui les étreint. Ainsi la femme aiderait à relever par ses économies, son labeur, sa douceur, sa persuasion peut-être le bien-être et la prospérité de la famille.

Vu : le Président de la thèse
Signé : PIÉDELIEVRE

Vu : le Doyen,
Signé : LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
Signé : L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	5

PREMIÈRE PARTIE

Historique.

CHAPITRE I. — Législations antiques.	10
CHAPITRE II. — Droit romain.	15
CHAPITRE III. — Ancien droit français.	21
Droit intermédiaire	29

DEUXIÈME PARTIE

Droit civil français.

CHAPITRE I. — Généralités sur la capacité de contracter entre époux et principaux systèmes.	33
CHAPITRE II. — Conditions de validité des contrats en- tre époux.	56
CHAPITRE III. — Effets des contrats et obligations entre époux.	77

TROISIÈME PARTIE

Des contrats les plus fréquents entre époux.

CHAPITRE I. — De la vente.	87
CHAPITRE II. — De l'échange.	114
CHAPITRE III. — Du louage.	120
CHAPITRE IV. — De la société.	123
CHAPITRE V. — Du mandat.	138
CHAPITRE VI. — Du prêt	144
CHAPITRE VII. — Du cautionnement.	147
CHAPITRE VIII. — De la transaction.	149
CHAPITRE IX. — Du nantissement et de l'hypothèque.	153
APPENDICE. — Aperçu de législation comparée.	156
CONCLUSION.	163

